



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2009 Vol. 3

1^{er} cahier, 2009 Vol. 3

Cited as [2009] 3 S.C.R. 3-246

Renvoi [2009] 3 R.C.S. 3-246

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 / Registrare de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registrare adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques		
CLAIRE ZOË BIDER-HALL	KAREN LEVASSEUR	IDA SMITH
JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	JACQUELINE STENCEL
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	LESLI TAKAHASHI
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	REMI SAMSON	RENEE MARIA TREMBLAY
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes		
STEPHEN BALOGH	MARIE-LUC SIMONEAU	ROSALIE TO-THANH-HIEN
MARIE RODRIGUE		CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

Technical Revisors / Réviseurs techniques		
SUZANNE AUDET	PAULINE MCTAVISH	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE DELORME		PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointes administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Breslaw v. Montreal (City) 131

Civil procedure — Class action — Conditions for authorizing action — Application for authorization to institute class action in order to seek declaration that municipal by-law imposing property taxes are null and claim refund of tax overpayments — Whether class action should be authorized — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 1003.

Canada (Justice) v. Fischbacher 170

Extradition — Surrender — Powers of Minister — Misalignment test — U.S. seeking F's extradition on charge of first degree murder — Extradition judge committing F for offence of second degree murder finding insufficient evidence on one element of Canadian offence of first degree murder — Minister of Justice surrendering F for American offence of first degree murder — Whether Minister must ensure alignment between foreign offence upon which person sought ordered to be surrendered and evidence adduced before extradition judge at committal hearing.

Marcotte v. Longueuil (City) 65

Civil procedure — Class action — Conditions for authorizing action — Applications for authorization to institute class actions in order to seek declarations that municipal by-laws imposing property and business taxes are null and claim refund of taxes paid — Whether class actions should be authorized — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 4.2, 1003.

Quebec (Education, Recreation and Sports) v.

Nguyen 208

Constitutional law — Charter of Rights — Minority language educational rights — Periods of attendance at unsubsidized English-language private schools and instruction in English received pursuant to special authorization disregarded when determining whether child eligible to receive instruction in publicly funded English-language school system — Whether paras. 2 and 3 of s. 73 of Charter of the French language limit rights guaranteed by s. 23 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether those limits justified under s. 1 of Canadian Charter.

Schools — Language of instruction — Instruction in English in Quebec — Periods of attendance at unsubsidized English-language private schools and instruction in English received pursuant to special authorization disregarded when determining whether child eligible to receive instruction in publicly funded English-language school system — Whether paras. 2 and 3 of s. 73 of Charter of the French language limit rights guaranteed by s. 23 of Canadian

Continued on next page

SOMMAIRE

Breslaw c. Montréal (Ville) 131

Procédure civile — Recours collectif — Conditions d'ouverture du recours — Demande d'autorisation pour intenter un recours collectif pour faire invalider un règlement municipal imposant des taxes foncières et pour réclamer le remboursement des taxes payées en trop — Le recours collectif doit-il être autorisé? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 1003.

Canada (Justice) c. Fischbacher 170

Extradition — Remise à l'État requérant — Pouvoirs du ministre — Critère de la discordance — É.-U. demandant l'extradition de F pour meurtre au premier degré — Juge d'extradition ordonnant l'incarcération de F pour meurtre au deuxième degré après avoir jugé insuffisante la preuve de l'un des éléments de l'infraction de meurtre au premier degré en droit canadien — Ministre de la Justice ordonnant l'extradition de F pour l'infraction de meurtre au premier degré en droit américain — Le ministre est-il tenu à la concordance entre l'infraction punissable à l'étranger pour laquelle l'extradition de l'intéressé est ordonnée et la preuve produite devant le juge d'extradition à l'audience relative à l'incarcération?

États-Unis d'Amérique c. Anekwu 3

Extradition — Audience relative à l'incarcération — Preuve — Ouï-dire — Admissibilité — Loi sur l'extradition prévoyant que les éléments de preuve obtenus au Canada sont admis en conformité avec le droit canadien — Un résumé des éléments de preuve obtenus au Canada est-il admissible dans le cadre de la procédure d'extradition? — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 32, 33.

Marcotte c. Longueuil (Ville) 65

Procédure civile — Recours collectif — Conditions d'ouverture du recours — Demandes d'autorisation pour intenter des recours collectifs pour faire invalider des règlements municipaux imposant des taxes foncières et d'affaires et pour réclamer le remboursement des taxes payées — Les recours collectifs doivent-ils être autorisés? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 4.2, 1003.

Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen 208

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'instruction dans la langue de la minorité — Périodes de fréquentation scolaire passées dans des écoles privées anglophones non subventionnées et enseignement en anglais reçu en vertu d'autorisations particulières non pris en compte pour établir l'admissibilité d'un enfant à l'enseignement dans le réseau scolaire anglophone financé par les fonds publics — Les alinéas 2 et 3 de l'art. 73 de la Charte

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Charter of Rights and Freedoms — If so, whether those limits justified under s. 1 of Canadian Charter.

R. v. Jaw 26

Criminal law — Charge to jury — Intent for murder — Post-offence conduct — Police officer shot by accused during violent struggle — Accused admitting at trial to having shot officer but claiming lack of intent to kill — Jury finding accused guilty of first degree murder — Whether trial judge's comments in charge suggesting that jury could infer intent from accused's post-offence conduct constituted error justifying appellate intervention — If so, whether curative proviso applicable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a), (b)(iii).

R. v. Last 146

Criminal law — Trial — Joinder and severance — Accused charged with several counts arising from two sexual assaults committed at different times against different complainants — Whether trial judge erred in dismissing application for severance.

United States of America v. Anekwu 3

Extradition — Committal hearings — Evidence — Hearsay — Admissibility — Extradition Act providing that evidence gathered in Canada must satisfy rules of evidence under Canadian law in order to be admitted — Whether summary of Canadian-gathered evidence admissible in extradition proceedings — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 32, 33.

SOMMAIRE (Fin)

de la langue française limitent-ils les droits garantis par l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, ces limites sont-elles justifiées en vertu de l'article premier de la Charte canadienne?

Droit scolaire — Langue d'enseignement — Enseignement en anglais au Québec — Périodes de fréquentation scolaire passées dans des écoles privées anglophones non subventionnées et enseignement en anglais reçu en vertu d'autorisations particulières non pris en compte pour établir l'admissibilité d'un enfant à l'enseignement dans le réseau scolaire anglophone financé par les fonds publics — Les alinéas 2 et 3 de l'art. 73 de la Charte de la langue française limitent-ils les droits garantis par l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, ces limites sont-elles justifiées en vertu de l'article premier de la Charte canadienne?

R. c. Jaw 26

Droit criminel — Exposé au jury — Intention requise pour commettre un meurtre — Comportement postérieur à l'infraction — Policier abattu par balle par l'accusé durant une violente bagarre — Accusé admet au procès avoir tiré sur le policier, mais nie avoir eu l'intention de tuer — Jury déclare l'accusé coupable de meurtre au premier degré — Les commentaires du juge du procès dans son exposé, suggérant que le jury pouvait inférer l'intention de l'accusé de sa conduite postérieure à l'infraction, constituaient-ils une erreur justifiant une intervention en appel? — Si oui, la disposition réparatrice était-elle applicable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a), b)(iii).

R. c. Last 146

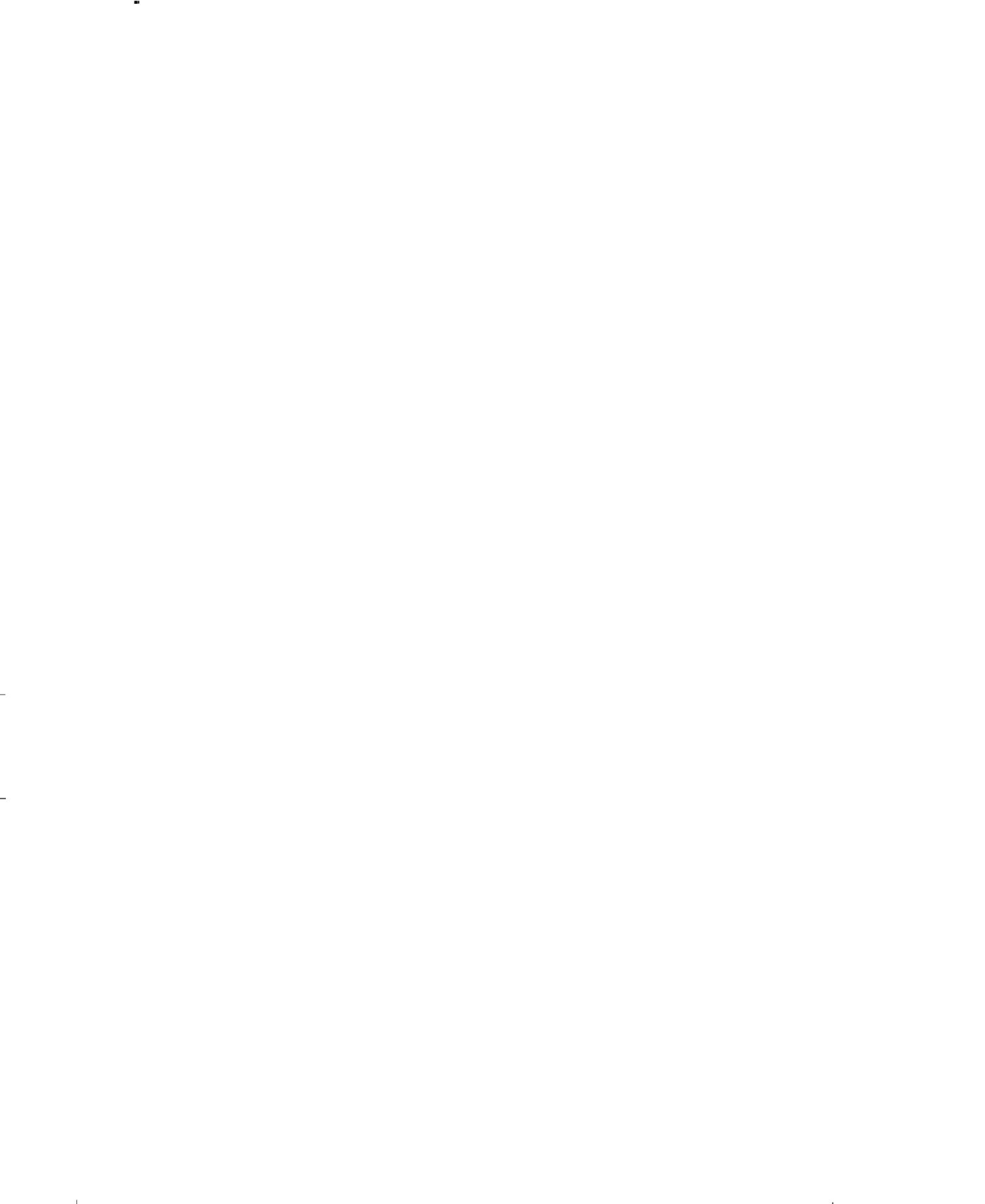
Droit criminel — Procès — Réunion des chefs d'accusation et procès distincts — Accusé inculpé de plusieurs chefs d'accusation se rapportant à deux agressions sexuelles commises à différents moments contre deux plaignantes — Le juge de première instance a-t-il fait erreur en rejetant la demande de séparation des chefs d'accusation?

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 3, 2009

3^e volume, 2009



**United States of America and Canada
(Minister of Justice) Appellants**

v.

Henry Anekwu Respondent

**INDEXED AS: UNITED STATES OF AMERICA v.
ANEKWU**

Neutral citation: 2009 SCC 41.

File No.: 32646.

2009: February 10; 2009: September 24.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Extradition — Committal hearings — Evidence — Hearsay — Admissibility — Extradition Act providing that evidence gathered in Canada must satisfy rules of evidence under Canadian law in order to be admitted — Whether summary of Canadian-gathered evidence admissible in extradition proceedings — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 32, 33.

In 2005, the US sought the extradition of A to be prosecuted for 13 counts of mail fraud and 7 counts of wire fraud. In support of the application for committal, the Attorney General of Canada submitted a certified record of the case prepared by the requesting state, which contained, as required under s. 33(1) of the *Extradition Act*, “a document summarizing the evidence available to the extradition partner for use in the prosecution”. The summary described evidence gathered in both the US and Canada. The US evidence consisted mainly of individual statements from 11 representative victims of the allegedly fraudulent telemarketing scheme. The Canadian evidence included corporate records, mailbox records, bank records, police surveillance and an immigration photograph of A. The records themselves were not filed, but their contents were described in the summary. The extradition judge rejected preliminary objections to the admissibility of the Canadian-gathered evidence contained in the record of the case on the ground that it was hearsay, finding that the summary form satisfied “the rules of evidence under Canadian law” as required under s. 32(2). She

**États-Unis d’Amérique et Canada (Ministre
de la Justice) Appelants**

c.

Henry Anekwu Intimé

**RÉPERTORIÉ : ÉTATS-UNIS D’AMÉRIQUE c.
ANEKWU**

Référence neutre : 2009 CSC 41.

N° du greffe : 32646.

2009 : 10 février; 2009 : 24 septembre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Extradition — Audience relative à l’incarcération — Preuve — Ouï-dire — Admissibilité — Loi sur l’extradition prévoyant que les éléments de preuve obtenus au Canada sont admis en conformité avec le droit canadien — Un résumé des éléments de preuve obtenus au Canada est-il admissible dans le cadre de la procédure d’extradition? — Loi sur l’extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 32, 33.

En 2005, les États-Unis ont demandé l’extradition de A pour qu’il soit poursuivi relativement à 13 chefs de fraude postale et 7 chefs de fraude électronique. À l’appui de la demande d’incarcération, le procureur général du Canada a présenté un dossier d’extradition certifié préparé par le partenaire qui comportait « un résumé des éléments de preuve dont dispose le partenaire aux fins de poursuite » conformément au par. 33(1) de la *Loi sur l’extradition*. Le résumé décrivait les éléments de preuve obtenus aux États-Unis et au Canada. Les éléments obtenus aux États-Unis consistaient principalement en des déclarations individuelles de 11 victimes représentatives du stratagème de télémarketing frauduleux. Les éléments de preuve obtenus au Canada étaient notamment des dossiers d’entreprise, des registres de boîtes aux lettres, des dossiers bancaires, des éléments relatifs à une surveillance policière et une photographie de A provenant des services d’immigration. Les documents eux-mêmes n’ont pas été déposés, mais leur contenu était décrit dans le résumé. La juge d’extradition a rejeté des exceptions préliminaires portant que les éléments de preuve obtenus au

also rejected A's argument that the onus should be on the requesting state to prove that the Canadian-gathered evidence was justifiably before the court and dismissed his claim that the evidence had been obtained in violation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Finding the evidence both admissible and sufficient under the *Extradition Act*, she issued a committal order. The Minister of Justice subsequently issued an order of surrender. A majority of the Court of Appeal set aside the committal and surrender orders and ordered a new extradition hearing. The majority held that evidence gathered in Canada must comply with the hearsay rule, as traditionally applied in domestic proceedings. In its view, the summary form of the Canadian-gathered evidence contained in the record of the case constituted inadmissible hearsay. The dissenting judge was of the opinion that ss. 32(2) and 33(1), read together, called for a modified approach to the hearsay rule in the extradition context.

Held: The appeal should be allowed and the committal and surrender orders restored.

Section 32(2) of the *Extradition Act* mandates compliance with the domestic rules of evidence in respect of evidence gathered on Canadian soil. While s. 32(1) seems to exempt the contents of the record of the case from compliance with the Canadian rules of evidence, the entirety of s. 32(1) is subject to the specific provision contained in s. 32(2). The common law hearsay rule is one of the rules of evidence under Canadian law, but it can be modified or displaced by statute. Here, ss. 32(2) and 33(1), read together, provide for a modified approach to the hearsay rule unique to the extradition context. Parliament did not restrict the type of evidence that could be presented under s. 33(1) to foreign-gathered evidence, but required rather the requesting state to summarize "the evidence available . . . for use in the prosecution". Also, under s. 33(3), the requesting state is then required to certify that the evidence summarized or contained in the record of the case is available for trial. Had Parliament intended to confine the record of the case to evidence gathered outside of Canada, it would have said so in clear terms. Section 33, therefore, clearly contemplates the inclusion of evidence gathered in Canada in summary form in the record of the case. The evidentiary regime under the *Extradition Act* requires

Canada contenus dans le dossier d'extradition n'étaient pas admissibles parce qu'il s'agissait de oui-dire. Elle a conclu que le résumé était conforme au « droit canadien » comme l'exige le par. 32(2). Elle a aussi écarté l'argument de A selon lequel c'est à l'État requérant que devrait incomber le fardeau de prouver que la production de la preuve obtenue au Canada devant le tribunal est justifiable et rejeté son allégation selon laquelle la manière dont les éléments de preuve avaient été obtenus violait la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ayant conclu que les éléments de preuve étaient admissibles et suffisants selon la *Loi sur l'extradition*, elle a rendu une ordonnance d'incarcération. Le ministre de la Justice a ensuite pris un arrêté d'extradition. La Cour d'appel, à la majorité, a annulé l'ordonnance d'incarcération et l'arrêté d'extradition et a ordonné la tenue d'une nouvelle audience d'extradition. Elle a statué que les éléments de preuve obtenus au Canada doivent respecter la règle du oui-dire telle qu'elle est traditionnellement appliquée dans les instances canadiennes. À son avis, les éléments de preuve obtenus au Canada présentés sous forme de résumé dans le dossier d'extradition constituaient une preuve par oui-dire inadmissible. Le juge dissident estimait que les par. 32(2) et 33(1), lus conjointement, établissent une approche modifiée de la règle du oui-dire applicable dans le contexte de l'extradition.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance d'incarcération et l'arrêté d'extradition sont rétablis.

Le paragraphe 32(2) de la *Loi sur l'extradition* impose le respect des règles de preuve internes en ce qui concerne les éléments de preuve obtenus au Canada. Bien que le par. 32(1) semble soustraire le contenu du dossier d'extradition à l'application du droit canadien de la preuve, le par. 32(1) en entier est assujéti à la disposition spécifique du par. 32(2). La règle du oui-dire de la common law figure parmi les règles du droit canadien de la preuve, mais elle peut être modifiée ou écartée par un texte législatif. En l'occurrence, les par. 32(2) et 33(1), lus conjointement, établissent une approche modifiée de la règle du oui-dire applicable uniquement dans le contexte de l'extradition. Le législateur n'a pas restreint le type d'éléments de preuve pouvant être produits conformément au par. 33(1) aux éléments de preuve obtenus à l'étranger, mais a obligé plutôt l'État requérant à présenter un résumé « des éléments de preuve dont [il] dispose [. . .] aux fins de poursuite ». De plus, selon le par. 33(3), l'État requérant est tenu de certifier que les éléments de preuve résumés ou contenus dans le dossier sont disponibles pour le procès. Si le législateur avait voulu limiter le dossier d'extradition aux éléments de preuve obtenus à l'extérieur du Canada, il l'aurait dit en termes clairs. Par conséquent,

a two-step approach with respect to Canadian-gathered evidence. The evidence may be presented in summary form, in accordance with s. 33 and, as such, it is presumptively admissible under s. 32(1). Section 32(2) then requires the court to scrutinize the Canadian-gathered evidence for compliance with Canadian rules of evidence, which include the *Charter* as it is the supreme law of the land. The evidence may then be relied on by the extradition judge if, in substance, it would be admissible in a Canadian court. This approach accords with a combined reading of ss. 32 and 33 and achieves a proper balance between the liberty interests of the person sought and the international principle of comity. In extradition proceedings, which should not be equated with the criminal process, adherence to the strictures of the hearsay rule would result in expensive, time-consuming hearings that would disable Canada from complying with its international obligations in a prompt and efficient manner, and should be avoided. A flexible approach that does not insist that evidence take a particular form, but that still ensures that the person sought may challenge the admissibility of evidence under the *Charter*, or its content according to Canadian evidentiary rules, is more consistent with the purpose of the extradition hearing. Since compliance with Canadian law is mandatory in respect of Canadian-gathered evidence, it follows that the record of the case should contain sufficient information to enable the person sought and the extradition judge to ascertain whether any item of evidence has been gathered in Canada and, when that is the case, some information should also be provided on how it was obtained. However, there is no reason to reverse the usual rule that puts the onus of proving a *Charter* breach on the person who alleges it. [13] [15-17] [19] [23-27] [29-30]

In the present case, the extradition judge was correct in admitting the Canadian-gathered evidence in summary form since the contents of the evidence would be admissible if the actual records were filed or the evidence adduced by *viva voce* evidence in the usual course of a criminal proceeding. She also properly found that there was no need to entertain any *Charter* application as A's claim lacked an air of reality. Having admitted the evidence, the extradition judge correctly concluded that it was sufficient to support a committal order. [32-34]

l'art. 33 prévoit manifestement l'inclusion d'éléments de preuve obtenus au Canada sous forme de résumé dans le dossier d'extradition. Le régime de preuve établi par la *Loi sur l'extradition* commande une approche en deux étapes à l'égard des éléments de preuve obtenus au Canada. Ces éléments peuvent être présentés sous forme de résumé conformément à l'art. 33 et sont, ainsi, présumés admissibles en application du par. 32(1). Le paragraphe 32(2) exige alors que le tribunal vérifie la conformité des éléments de preuve obtenus au Canada avec le droit canadien et notamment avec la *Charte*, la loi suprême du pays. Le juge d'extradition peut ensuite se fonder sur ces éléments si, sur le fond, ils seraient admissibles devant un tribunal canadien. Cette approche s'accorde avec les art. 32 et 33 lus conjointement et établit un juste équilibre entre le droit à la liberté de l'intéressé et le principe de la courtoisie en droit international. Dans une procédure d'extradition, qu'il ne faut pas mettre sur le même pied qu'un procès criminel, l'observation des restrictions imposées par la règle du ouï-dire conduirait à des audiences coûteuses et longues, qui empêcheraient le Canada de s'acquitter promptement et efficacement de ses obligations internationales, ce qui doit être évité. Une approche empreinte de souplesse, qui n'exige pas que la preuve revête une forme particulière, mais offre néanmoins à l'intéressé la possibilité de contester l'admissibilité de la preuve en vertu de la *Charte*, ou de son contenu en fonction des règles de preuve du droit canadien, s'accorde davantage avec l'objet de l'audience d'extradition. Les éléments de preuve obtenus au Canada devant être conformes aux règles de preuve du droit canadien, le dossier d'extradition doit contenir suffisamment de renseignements pour permettre à l'intéressé et au juge d'extradition de déterminer si un élément de preuve a été obtenu au Canada et, le cas échéant, certains détails sur la façon dont il a été obtenu. Toutefois, il n'existe aucun motif d'inverser la règle habituelle qui attribue à la personne qui invoque la *Charte* le fardeau de prouver l'atteinte aux droits qu'elle lui garantit. [13] [15-17] [19] [23-27] [29-30]

En l'espèce, le juge d'extradition a eu raison d'admettre sous forme de résumé les éléments de preuve obtenus au Canada, car leur contenu serait admissible si les documents mêmes étaient déposés ou les témoignages entendus de vive voix dans le cadre d'une procédure criminelle ordinaire. Elle a aussi conclu à bon droit qu'il n'était nécessaire d'examiner aucune question fondée sur la *Charte*, la demande de A étant dépourvue de vraisemblance. Après avoir admis les éléments de preuve, le juge d'extradition a conclu à juste titre que la preuve était suffisante pour justifier une ordonnance d'incarcération. [32-34]

Cases Cited

Referred to: *United States of America v. McDowell* (2004), 183 C.C.C. (3d) 149; *United States of America v. Ferras*, 2006 SCC 33, [2006] 2 S.C.R. 77; *Wacjman v. United States of America* (2002), 171 C.C.C. (3d) 134; *United States of America v. Vallée*, 2006 QCCA 229, 213 C.C.C. (3d) 553; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *United States of America v. Kwok*, 2001 SCC 18, [2001] 1 S.C.R. 532; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *Re United States of America and Smith* (1984), 44 O.R. (2d) 705; *United States of America v. Earles*, 2003 BCCA 20, 171 C.C.C. (3d) 116.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, s. 52.1.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 380, 465(1)(c), 540(9).
Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 15, 16, 24(2), 25, 29, 32, 33.
Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act, R.S.C. 1985, c. 30 (4th Supp.).
United States Code, Title 18.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Prowse, Smith and Chiasson J.J.A.), 2008 BCCA 138, 79 B.C.L.R. (4th) 323, 254 B.C.A.C. 30, 426 W.A.C. 30, 232 C.C.C. (3d) 130, [2008] 6 W.W.R. 195, [2008] B.C.J. No. 536 (QL), 2008 CarswellBC 621, setting aside the committal order issued by Morrison J., 2006 BCSC 1363, [2006] B.C.J. No. 2057 (QL), 2006 CarswellBC 2257, and the surrender order issued by the Minister of Justice. Appeal allowed.

Janet Henchey and Jeffrey G. Johnston, for the appellants.

Sean Hern and Tim Dickson, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

1. Introduction

[1] The United States of America has requested the extradition of Henry Anekwu to stand trial

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *United States of America c. McDowell* (2004), 183 C.C.C. (3d) 149; *États-Unis d'Amérique c. Ferras*, 2006 CSC 33, [2006] 2 R.C.S. 77; *Wacjman c. United States of America* (2002), 171 C.C.C. (3d) 134; *Vallée c. États-Unis d'Amérique*, 2006 QCCA 229 (CanLII); *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, 2001 CSC 18, [2001] 1 R.C.S. 532; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *Re United States of America and Smith* (1984), 44 O.R. (2d) 705; *United States of America c. Earles*, 2003 BCCA 20, 171 C.C.C. (3d) 116.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 380, 465(1)(c), 540(9).
Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle, L.R.C. 1985, ch. 30 (4^e suppl.).
Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 15, 16, 24(2), 25, 29, 32, 33.
Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 52.1.
United States Code, Title 18.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Prowse, Smith et Chiasson), 2008 BCCA 138, 79 B.C.L.R. (4th) 323, 254 B.C.A.C. 30, 426 W.A.C. 30, 232 C.C.C. (3d) 130, [2008] 6 W.W.R. 195, [2008] B.C.J. No. 536 (QL), 2008 CarswellBC 621, qui a annulé l'ordonnance d'incarcération rendue par la juge Morrison, 2006 BCSC 1363, [2006] B.C.J. No. 2057 (QL), 2006 CarswellBC 2257, et l'arrêté d'extradition ordonné par le ministre de la Justice. Pourvoi accueilli.

Janet Henchey et Jeffrey G. Johnston, pour les appelants.

Sean Hern et Tim Dickson, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Introduction

[1] Les États-Unis d'Amérique ont demandé l'extradition de Henry Anekwu pour qu'il soit jugé en

in California on numerous telemarketing fraud charges. It is alleged that Mr. Anekwu participated in fraudulent telemarketing activities conducted in Canada but targeting elderly American residents. The Minister of Justice authorized the request to proceed and, ultimately, orders for the committal and the surrender of Mr. Anekwu ensued. Mr. Anekwu appealed the order for committal and sought judicial review of the Minister's order for surrender. The validity of the orders, as the issue is now framed before this Court, turns on whether the Canadian-gathered evidence filed in support of the extradition request satisfies "the rules of evidence under Canadian law", as required under s. 32(2) of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18 (the "Act"). The Attorney General of Canada concedes that without this evidence, the committal and surrender orders cannot stand. On the other hand, if the evidence is admissible, there is no basis to interfere with either of the orders.

[2] For the reasons that follow, it is my view that the Canadian-gathered evidence was rightly admitted and, together with the foreign-gathered evidence, provided ample support for the extradition request. I would therefore allow the appeal and restore the committal and surrender orders.

2. The Proceedings Below

[3] In a diplomatic note dated September 22, 2005, the United States of America sought the extradition of Mr. Anekwu to be prosecuted for 13 counts of mail fraud and 7 counts of wire fraud under Title 18 of the *United States Code*. Soon thereafter, the Minister of Justice of Canada issued an Authority to Proceed pursuant to s. 15 of the Act, identifying the corresponding Canadian offences as those listed under ss. 380 (fraud) and 465(1)(c) (conspiracy to commit fraud) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and s. 52.1 (unlawful telemarketing) of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34.

Californie relativement à plusieurs chefs de télémarketing frauduleux. On reproche à M. Anekwu sa participation à des opérations de télémarketing frauduleux effectuées au Canada, mais ayant pour cibles des personnes âgées résidant aux États-Unis. Le ministre de la Justice a pris un arrêté introductif d'instance, qui a été suivi d'une ordonnance d'incarcération puis d'un arrêté d'extradition. M. Anekwu a interjeté appel de l'ordonnance d'incarcération et demandé le contrôle judiciaire de l'arrêté d'extradition pris par le ministre. La validité de l'ordonnance et de l'arrêté, dont notre Cour est maintenant saisie, tient à la question de savoir si les éléments de preuve obtenus au Canada et produits à l'appui de la demande d'extradition pouvaient être admis « en conformité avec le droit canadien », comme l'exige le par. 32(2) de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18 (la « Loi »). Le procureur général du Canada reconnaît que, sans ces éléments de preuve, l'ordonnance d'incarcération et l'arrêté d'extradition ne peuvent être validés. Si, en revanche, les éléments de preuve en question sont admissibles, rien ne justifie l'annulation de l'ordonnance ni de l'arrêté.

[2] Pour les motifs exposés ci-après, j'estime que les éléments de preuve obtenus au Canada ont été admis à bon droit et que, avec les éléments obtenus à l'étranger, ils justifiaient amplement la demande d'extradition. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance d'incarcération ainsi que l'arrêté d'extradition.

2. Les décisions des juridictions inférieures

[3] Dans une note diplomatique datée du 22 septembre 2005, les États-Unis d'Amérique ont demandé l'extradition de M. Anekwu pour qu'il soit poursuivi relativement à 13 chefs de fraude postale et 7 chefs de fraude électronique en vertu du titre 18 du *United States Code*. Peu après, le ministre de la Justice du Canada a pris un arrêté introductif d'instance en conformité avec l'art. 15 de la Loi, dans lequel il était indiqué que les infractions correspondantes en droit canadien étaient celles qui sont prévues à l'art. 380 (fraude) et à l'al. 465(1)(c) (complot en vue de commettre une fraude) du *Code criminel*,

Mr. Anekwu was subsequently arrested pursuant to a warrant issued under s. 16 of the Act.

[4] In accordance with the procedure set out in the Act, the Attorney General of Canada, on behalf of the United States and the Minister of Justice, sought an order of committal from the Supreme Court of British Columbia. In support of the application for committal, the Attorney General submitted a record of the case prepared by the requesting state. As required under s. 33(1) of the Act, the record of the case contained “a document summarizing the evidence available to the extradition partner for use in the prosecution” and was duly certified. The summary described evidence gathered in both the United States and in Canada. The evidence gathered in the United States consisted mainly of individual statements from 11 representative victims of the fraudulent telemarketing scheme, all of whom reside in the United States. The evidence allegedly linking Mr. Anekwu to the scheme was located and gathered in Canada, in part under the authority of the *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*, R.S.C. 1985, c. 30 (4th Supp.). The Canadian-gathered evidence included corporate records, mailbox records, bank records, police surveillance and an immigration photograph of Mr. Anekwu. The records themselves were not filed, but their contents were described in the summary. In addition to the record of the case, the Attorney General relied on the *viva voce* testimony of Corporal Peter Bailey of the Royal Canadian Mounted Police in relation to his arrest of Mr. Anekwu in Canada.

[5] Mr. Anekwu objected to the admissibility of the Canadian-gathered evidence contained in the record of the case on the basis that it was presented in summary form and, as such, constituted inadmissible hearsay. He also alleged that some of the evidence was obtained by means of warrantless searches of private communications in contravention of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and argued that the onus was on the

L.R.C. 1985, ch. C-46, ainsi qu'à l'art. 52.1 (télémarketing illégal) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34. M. Anekwu a par la suite été arrêté en vertu d'un mandat délivré en conformité avec l'art. 16 de la Loi.

[4] Conformément à la procédure décrite dans la Loi, le procureur général du Canada, au nom des États-Unis et du ministre de la Justice, a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de rendre une ordonnance d'incarcération. À l'appui de cette demande, le procureur général a présenté un dossier d'extradition préparé par le partenaire. Comme l'exige le par. 33(1) de la Loi, ce dossier comportait « un résumé des éléments de preuve dont dispose le partenaire aux fins de poursuite » et était dûment certifié. Le résumé décrivait les éléments de preuve obtenus aux États-Unis et au Canada. Les éléments obtenus aux États-Unis consistaient principalement en des déclarations individuelles de 11 victimes représentatives du stratagème de télémarketing frauduleux, qui résident toutes aux États-Unis. Les éléments de preuve destinés à relier M. Anekwu au stratagème se trouvaient et ont été obtenus au Canada, en partie en vertu de la *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, L.R.C. 1985, ch. 30 (4^e suppl.). Les éléments de preuve obtenus au Canada étaient notamment des dossiers d'entreprise, des registres de boîtes aux lettres, des dossiers bancaires, des documents relatifs à une surveillance policière et une photographie de M. Anekwu provenant des services d'immigration. Les documents eux-mêmes n'ont pas été déposés, mais leur contenu était décrit dans le résumé. Outre le dossier d'extradition, le procureur général s'appuyait sur le témoignage de vive voix du caporal Peter Bailey de la Gendarmerie royale du Canada, qui avait procédé à l'arrestation de M. Anekwu au Canada.

[5] M. Anekwu a contesté l'admissibilité des éléments de preuve obtenus au Canada qui étaient contenus dans le dossier d'extradition, au motif qu'ils étaient présentés sous forme de résumé et qu'ils constituaient de ce fait une preuve par ouï-dire inadmissible. Il soutenait aussi que certains éléments de preuve avaient été obtenus au moyen de perquisitions sans mandat visant des communications privées, en contravention de l'art. 8 de

Attorney General to show that such evidence was justifiably before the court. Finally, he submitted that even if the entire record of the case was admitted, the evidence did not meet the sufficiency test for committal under s. 29 of the Act.

[6] The extradition judge, Morrison J., rejected Mr. Anekwu's preliminary objections to the admissibility of the evidence on the ground that it was hearsay (2006 BCSC 1363, [2006] B.C.J. No. 2057 (QL)). She was satisfied that the Canadian-gathered evidence contained in the record of the case met the requirements of s. 32(2) of the Act, as interpreted by the Court of Appeal for Ontario in *United States of America v. McDowell* (2004), 183 C.C.C. (3d) 149. The extradition judge also concluded that the onus was on Mr. Anekwu to establish a *Charter* breach and that there was no air of reality to his allegations in that regard. Finally, she was of the view that the evidence was sufficient to justify committal on the offences identified in the Authority to Proceed. Consequently, she issued a committal order.

[7] The Minister of Justice subsequently issued an order of surrender for the foreign offences, as requested in the requesting state's diplomatic note.

[8] Mr. Anekwu appealed from the committal order to the British Columbia Court of Appeal, on the grounds that the extradition judge erred in admitting and relying upon hearsay evidence gathered in Canada and in failing to consider the sufficiency of the evidence in accordance with the test set out in *United States of America v. Ferras*, 2006 SCC 33, [2006] 2 S.C.R. 77. He also brought an application for judicial review of the Minister's order for surrender, submitting that the Minister erred in framing the surrender order more broadly than the committal order by including the foreign charges of aiding and abetting mail and wire fraud when those offences were not identified as

la *Charte canadienne des droits et libertés*, et faisait valoir qu'il incombait au procureur général de démontrer que la production de tels éléments devant le tribunal était justifiable. Enfin, il soutenait que, même dans le cas où le dossier d'extradition serait admis en preuve dans son intégralité, la preuve ne répondait pas au critère du caractère suffisant établi pour l'incarcération par l'art. 29 de la Loi.

[6] La juge d'extradition, la juge Morrison, a rejeté les exceptions préliminaires de M. Anekwu selon lesquelles les éléments de preuve n'étaient pas admissibles parce qu'il s'agissait de ouï-dire (2006 BCSC 1363, [2006] B.C.J. No. 2057 (QL)). Elle était convaincue que les éléments de preuve obtenus au Canada et contenus dans le dossier d'extradition répondaient aux exigences du par. 32(2) de la Loi, selon l'interprétation attribuée à cette disposition par la Cour d'appel de l'Ontario dans *United States of America c. McDowell* (2004), 183 C.C.C. (3d) 149. La juge d'extradition a également conclu qu'il incombait à M. Anekwu de prouver la violation de la *Charte*, et que ses allégations à cet égard étaient dépourvues de vraisemblance. Enfin, elle était d'avis que la preuve était suffisante pour justifier l'incarcération pour les infractions désignées dans l'arrêté introductif d'instance. Elle a par conséquent rendu une ordonnance d'incarcération.

[7] Le ministre de la Justice a ensuite pris un arrêté d'extradition relatif aux infractions punissables dans le pays étranger, comme l'État requérant le demandait dans sa note diplomatique.

[8] M. Anekwu a interjeté appel de l'ordonnance d'incarcération devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Il reprochait à la juge d'extradition d'avoir fait une erreur s'appuyant sur des éléments de preuve par ouï-dire obtenus au Canada, qu'elle avait admis à tort, et en ne prenant pas en considération la question du caractère suffisant de la preuve selon le critère énoncé dans *États-Unis d'Amérique c. Ferras*, 2006 CSC 33, [2006] 2 R.C.S. 77. Il a en outre présenté une demande de contrôle judiciaire de l'arrêté d'extradition pris par le ministre. Ce dernier avait selon lui commis une erreur en formulant cet arrêté en termes plus larges que l'ordonnance d'incarcération, y incluant les chefs

Canadian equivalent offences in the Authority to Proceed.

[9] On the appeal from the committal order, the court was divided on the hearsay issue (2008 BCCA 138, 79 B.C.L.R. (4th) 323). Prowse J.A. rejected the argument that the Act provided for a modified approach to the rule of hearsay with respect to Canadian-gathered evidence contained in the record of the case. In her view, the requirement under s. 32(2) that evidence gathered in Canada satisfy “the rules of evidence under Canadian law in order to be admitted” included compliance with the hearsay rule, “as traditionally applied” in domestic proceedings (para. 44). She therefore concluded that the summary form of the Canadian-gathered evidence contained in the record of the case constituted inadmissible hearsay.

[10] Smith J.A. agreed that Canadian-gathered evidence must comply with the hearsay rule, as traditionally applied, adding in concurring reasons that the legislative history of the Act “demonstrates . . . the correctness” of that interpretation (para. 48). He first noted that, under earlier extradition schemes, all evidence had to satisfy the Canadian rules of evidence, including the requirement that all testimony be given *viva voce* upon oath or affirmation. The only exception was that foreign states were permitted to rely on first-person depositions and statements taken on oath or affirmation, provided they were certified by an appropriate official. This exception, he stated, “was granted to relieve our extradition partners of the difficulty and expense of bringing foreign witnesses to Canada to testify” (para. 52). Turning to the current statute, Smith J.A. noted that “one of the purposes of the new *Act* was to create an expedited summary extradition procedure since our evidentiary requirements made it difficult if not impossible for many foreign states to prepare a proper extradition request” (para. 55). Therefore, whereas under the former statute requesting states were permitted to rely on “certified first-person depositions

étrangers d’aide et d’encouragement à une fraude postale et électronique, alors que l’arrêté introductif d’instance ne mentionnait pas d’infractions canadiennes correspondantes.

[9] En ce qui concerne l’appel de l’ordonnance d’incarcération, la cour était divisée sur la question du oui-dire (2008 BCCA 138, 79 B.C.L.R. (4th) 323). La juge Prowse a rejeté l’argument voulant que la Loi prévoit une approche modifiée de la règle du oui-dire relativement aux éléments de preuve obtenus au Canada et contenus dans le dossier d’extradition. Selon elle, la règle énoncée au par. 32(2), suivant laquelle « [l]es éléments de preuve obtenus au Canada sont admis en conformité avec le droit canadien » exige notamment le respect de la règle du oui-dire [TRADUCTION] « telle qu’elle est traditionnellement appliquée » dans les instances canadiennes (par. 44). Elle est ainsi arrivée à la conclusion que le résumé des éléments de preuve obtenus au Canada contenu dans le dossier d’extradition constituait une preuve par oui-dire inadmissible.

[10] Le juge Smith, estimant lui aussi que les éléments de preuve obtenus au Canada doivent satisfaire à la règle du oui-dire telle qu’elle est traditionnellement appliquée, a ajouté dans des motifs concordants que l’historique législatif de la Loi [TRADUCTION] « démontre [. . .] la justesse » de cette interprétation (par. 48). Il a observé tout d’abord que, dans les précédents régimes d’extradition, tous les éléments de preuve devaient satisfaire aux règles du droit canadien de la preuve, notamment à celle exigeant que tout témoignage soit donné de vive voix et sous serment ou sous affirmation solennelle. Seule exception, les États étrangers pouvaient se fonder sur des dépositions ou des déclarations faites à la première personne sous serment ou sous affirmation solennelle, pourvu qu’elles soient certifiées par un fonctionnaire compétent. Cette exception, a-t-il expliqué, [TRADUCTION] « a été accordée afin d’épargner à nos partenaires la difficulté et les frais de faire témoigner au Canada des témoins étrangers » (par. 52). Au sujet de la législation actuelle, le juge Smith a signalé que [TRADUCTION] « la nouvelle *Loi* avait notamment pour objectif d’instituer un mécanisme d’extradition sommaire accéléré parce que, en raison de nos exigences en matière

and statements of witnesses taken in the foreign jurisdiction”, the current Act provides further relief by permitting requesting states to rely “on summaries of such evidence” (para. 56). In Smith J.A.’s view, however, this further accommodation only applied to foreign-gathered evidence. Canadian-gathered evidence still had to be presented in the traditional form.

[11] In light of its conclusion on the hearsay issue, the majority found it unnecessary to deal with Mr. Anekwu’s argument with respect to the sufficiency of the evidence, or with his application for judicial review. The committal and surrender orders were set aside and a new extradition hearing ordered.

[12] Chiasson J.A. disagreed with his colleagues. In his view, the fact that an extradition judge is informed of the existence of Canadian-gathered evidence in summary form, presented as part of the record of the case, does not make the evidence inadmissible as offending the rule against hearsay. “To exclude such evidence from the record because it is presented as mandated by s. 33(1), that is, in a hearsay summary, is to defeat the clear objective of the legislation by imposing a traditional analysis in unique circumstances” (para. 87). Section 32(2) must be read, rather, in context and in accordance with the principles set out by this Court in *Ferras*. In his view, the evidentiary provisions of the Act call for a two-step approach. First, s. 32(1)(a) provides for the introduction of the evidence in summary form, as it is required to be part of the record of the case. Second, “[t]he content of the evidence that is summarized then is subject to the scrutiny of the extradition judge, including the conformity of Canadian-gathered evidence with the rules of evidence under Canadian law” (para. 89). “In this case, if the content of the Canadian-gathered evidence were adduced in a Canadian proceeding, it would be direct evidence, not hearsay” (para. 80).

de preuve, il était difficile, voire impossible pour de nombreux États étrangers de préparer une demande d’extradition remplissant les conditions requises » (par. 55). Alors que selon l’ancienne loi les États requérants pouvaient se fonder sur [TRADUCTION] « les dépositions et déclarations à la première personne certifiées faites dans l’État étranger », la Loi actuelle leur facilite encore les choses en leur permettant de se fonder sur [TRADUCTION] « un résumé de ces éléments de preuve » (par. 56). Mais de l’avis du juge Smith, cela n’était possible que pour les éléments de preuve obtenus à l’étranger. Les éléments obtenus au Canada devaient encore être présentés sous la forme traditionnelle.

[11] Étant donné sa conclusion sur la question du ouï-dire, la majorité a jugé inutile de statuer sur l’argument de M. Anekwu concernant le caractère suffisant de la preuve, ou sur sa demande de contrôle judiciaire. L’ordonnance d’incarcération et l’arrêté d’extradition ont été annulés et une nouvelle audience d’extradition a été ordonnée.

[12] Le juge Chiasson n’était pas d’accord avec ses collègues. À son avis, le fait qu’un juge d’extradition soit informé de l’existence d’éléments de preuve obtenus au Canada dans un résumé faisant partie du dossier d’extradition ne rend pas ces éléments de preuve inadmissibles parce que non conformes à la règle du ouï-dire. [TRADUCTION] « Exclure du dossier de tels éléments de preuve parce qu’ils sont produits de la manière prescrite par le par. 33(1), c’est-à-dire sous la forme d’un résumé constituant du ouï-dire, c’est aller à l’encontre de l’objectif clair du texte législatif en imposant une analyse traditionnelle dans des circonstances tout à fait particulières » (par. 87). Il faut plutôt lire le par. 32(2) dans son contexte et à la lumière des principes établis par notre Cour dans *Ferras*. Selon le juge Chiasson, les dispositions de la Loi relatives à la preuve commandent une approche en deux étapes. Premièrement, l’al. 32(1)a) prévoit la production des éléments de preuve sous forme de résumé, un tel résumé figurant obligatoirement dans le dossier d’extradition. Deuxièmement, [TRADUCTION] « [l]e contenu des éléments de preuve qui ont été résumés est ensuite examiné par le juge d’extradition, notamment du point de vue de la conformité des éléments de preuve

Therefore, the summarized evidence satisfied the Canadian rules of evidence within the meaning of s. 32(2). In light of the order for a new hearing, Chiasson J.A. did not consider it appropriate to elaborate regarding Mr. Anekwu's additional arguments. He added only that, in his view, the evidence met the test for sufficiency. He also rejected the ground of attack against the surrender order.

3. Analysis

[13] The division in the courts below reflects two opposing views on the proper interpretation of s. 32(2) of the Act as it applies to the hearsay summaries of Canadian-gathered evidence contained in the record of the case. The starting point for analyzing any question of statutory interpretation is, of course, the words of the provision. Section 32(2) reads as follows.

32. . . .

(2) Evidence gathered in Canada must satisfy the rules of evidence under Canadian law in order to be admitted.

The language of the provision itself reveals no ambiguity. It mandates compliance with domestic rules of evidence in respect of evidence gathered on Canadian soil and, as Prowse J.A. put it, the hearsay rule is indeed one of the "rules of evidence under Canadian law". However, the common law hearsay rule can be modified or displaced by statute. The question here is whether Parliament intended to preserve the common law rule, or to provide for a modified approach in the extradition context.

[14] I start by considering s. 32(2) in the context of the related evidentiary provisions in the Act. They read as follows:

obtenus au Canada avec les règles de preuve du droit canadien » (par. 89). [TRANSLATION] « Dans la présente affaire, si le contenu des éléments de preuve obtenus au Canada était produit dans une instance canadienne, il s'agirait d'une preuve directe et non d'une preuve par oui-dire » (par. 80). Le résumé des éléments de preuve satisfaisait donc aux règles de preuve du droit canadien au sens du par. 32(2). Vu l'ordonnance prescrivant la tenue d'une nouvelle audition, le juge Chiasson n'a pas estimé opportun d'analyser dans le détail les arguments additionnels de M. Anekwu, se contentant d'ajouter que, à son avis, la preuve répondait au critère du caractère suffisant. Il a également rejeté le moyen sur lequel était basée la contestation de l'arrêté d'extradition.

3. Analyse

[13] Le désaccord au sein des juridictions inférieures témoigne de l'existence de deux points de vue opposés sur l'interprétation correcte du par. 32(2) de la Loi, tel qu'il s'applique au résumé d'éléments de preuve obtenus au Canada qui constitue du oui-dire et fait partie du dossier d'extradition. Le point de départ pour l'analyse de toute question d'interprétation législative est bien sûr le libellé de la disposition en cause. Voici le texte du par. 32(2) :

32. . . .

(2) Les éléments de preuve obtenus au Canada sont admis en conformité avec le droit canadien.

Les termes de la disposition elle-même ne révèlent aucune ambiguïté. Les règles du droit canadien de la preuve doivent être respectées dans le cas des éléments de preuve obtenus en territoire canadien et, comme l'a dit la juge Prowse, la règle du oui-dire figure à coup sûr parmi les règles du « droit canadien » de la preuve. La règle du oui-dire de la common law peut cependant être modifiée ou écartée par un texte législatif. La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si le législateur a voulu préserver la règle de common law, ou instaurer une approche modifiée en matière d'extradition.

[14] J'examinerai d'abord le par. 32(2) dans le contexte des dispositions connexes de la Loi concernant la preuve, qui sont libellées comme suit :

32. (1) Subject to subsection (2), evidence that would otherwise be admissible under Canadian law shall be admitted as evidence at an extradition hearing. The following shall also be admitted as evidence, even if it would not otherwise be admissible under Canadian law:

- (a) the contents of the documents contained in the record of the case certified under subsection 33(3);
- (b) the contents of the documents that are submitted in conformity with the terms of an extradition agreement; and
- (c) evidence adduced by the person sought for extradition that is relevant to the tests set out in subsection 29(1) if the judge considers it reliable.

(2) Evidence gathered in Canada must satisfy the rules of evidence under Canadian law in order to be admitted.

33. (1) The record of the case must include

- (a) in the case of a person sought for the purpose of prosecution, a document summarizing the evidence available to the extradition partner for use in the prosecution; and
- (b) in the case of a person sought for the imposition or enforcement of a sentence,
 - (i) a copy of the document that records the conviction of the person, and
 - (ii) a document describing the conduct for which the person was convicted.

(2) A record of the case may include other relevant documents, including documents respecting the identification of the person sought for extradition.

(3) A record of the case may not be admitted unless

- (a) in the case of a person sought for the purpose of prosecution, a judicial or prosecuting authority of the extradition partner certifies that the evidence summarized or contained in the record of the case is available for trial and
 - (i) is sufficient under the law of the extradition partner to justify prosecution, or
 - (ii) was gathered according to the law of the extradition partner; or

32. (1) Sont admis comme faisant preuve au cours de l'audition de la demande, sous réserve du paragraphe (2), les éléments de preuve admissibles en vertu du droit canadien ainsi que les éléments de preuve suivants même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs leur admissibilité :

- a) le contenu des documents qui font partie du dossier d'extradition certifié en conformité avec le paragraphe 33(3);
- b) le contenu des documents présentés en conformité avec un accord;
- c) les éléments de preuve présentés par l'intéressé qui sont pertinents pour l'application du paragraphe 29(1) et que le juge estime dignes de foi.

(2) Les éléments de preuve obtenus au Canada sont admis en conformité avec le droit canadien.

33. (1) Le dossier d'extradition comporte obligatoirement :

- a) dans le cas d'une extradition en vue d'un procès, un résumé des éléments de preuve dont dispose le partenaire aux fins de poursuite;
- b) dans le cas d'une extradition en vue d'infliger une peine à l'intéressé ou de la lui faire purger, les éléments suivants :
 - (i) une copie de la déclaration de culpabilité,
 - (ii) la description des actes qui ont donné lieu à la déclaration de culpabilité.

(2) Le dossier peut aussi comprendre des documents établissant l'identité de l'intéressé et tout autre document pertinent.

(3) Le dossier n'est admissible en preuve que si :

- a) dans le cas d'une extradition en vue d'un procès, une autorité judiciaire ou un poursuivant du partenaire certifie, d'une part, que les éléments de preuve résumés au dossier ou contenus dans celui-ci sont disponibles pour le procès et, d'autre part, soit que la preuve est suffisante pour justifier la poursuite en vertu du droit du partenaire, soit qu'elle a été recueillie conformément à ce droit;

(b) in the case of a person sought for the imposition or enforcement of a sentence, a judicial, prosecuting or correctional authority of the extradition partner certifies that the documents in the record of the case are accurate.

(4) No authentication of documents is required unless a relevant extradition agreement provides otherwise.

(5) For the purposes of this section, a record of the case includes any supplement added to it.

As one can readily discern, when s. 32(2) is considered in the context of its related provisions, its meaning is not entirely clear or straightforward and, indeed, has been the subject of discussion in a number of court decisions.

[15] The first question raised in the case law is whether s. 32(2) applies *at all* to Canadian-gathered evidence presented in summary form as part of the record of the case. The question arises because some of the language in s. 32(1) seems to exempt the contents of the record of the case from compliance with Canadian rules of evidence under s. 32(2). It has been argued that the underlying rationale for this interpretation would be that evidence contained in the record of the case already meets the requisite threshold of reliability, as it has undergone the mandatory certification process under s. 33(3). As described at some length by this Court in *Ferras*, the certification process raises a rebuttable presumption that the evidence summarized in the record of the case has met the requisite threshold of reliability for admission.

[16] The argument that s. 32(2) does not apply to Canadian-gathered evidence contained in the record of the case was rejected by the Court of Appeal below and has also been rejected by other appellate courts that have considered the issue: *McDowell*, at para. 15; *Wacjman v. United States of America* (2002), 171 C.C.C. (3d) 134 (Que. C.A.), at para. 89; *United States of America v. Vallée*, 2006 QCCA 229, 213 C.C.C. (3d) 553, at para. 66. The Attorney General concedes in this Court that s. 32(2) applies to all Canadian-gathered evidence, whether it forms

b) dans le cas d'une extradition en vue d'infliger une peine à l'intéressé ou de la lui faire purger, l'autorité judiciaire, un fonctionnaire du système correctionnel ou un poursuivant du partenaire certifie que les documents au dossier sont exacts.

(4) Sauf disposition contraire d'un accord, les documents n'ont pas à être authentifiés.

(5) Font partie du dossier les documents qui y sont ajoutés par la suite.

On voit aisément que le sens du par. 32(2), considéré dans le contexte des dispositions connexes, n'est pas parfaitement clair ou évident. La signification de cette disposition a d'ailleurs été examinée dans plusieurs décisions judiciaires.

[15] La première question soulevée dans la jurisprudence est celle de savoir si le par. 32(2) s'applique *ou non* aux éléments de preuve obtenus au Canada et produits sous forme de résumé dans le dossier d'extradition. La question se pose parce que certains termes du par. 32(1) semblent soustraire le contenu du dossier d'extradition à l'application du droit canadien de la preuve exigée par le par. 32(2). Le raisonnement sur lequel repose cette interprétation serait le suivant : les éléments de preuve contenus dans le dossier d'extradition satisfont déjà au seuil de fiabilité requis, puisqu'ils ont passé l'épreuve de la certification obligatoire exigée par le par. 33(3). Comme notre Cour l'a expliqué d'une façon assez détaillée dans *Ferras*, le mécanisme de certification crée une présomption réfutable que les éléments de preuve résumés dans le dossier d'extradition ont satisfait au seuil de fiabilité requis pour leur admissibilité.

[16] L'argument selon lequel le par. 32(2) ne s'applique pas aux éléments de preuve obtenus au Canada qui sont contenus dans le dossier d'extradition a été rejeté en l'espèce par la Cour d'appel, comme il a été rejeté par d'autres juridictions d'appel qui se sont prononcées sur la question : *McDowell*, par. 15; *Wacjman c. United States of America* (2002), 171 C.C.C. (3d) 134 (C.A. Qué.), par. 89; *Vallée c. États-Unis d'Amérique*, 2006 QCCA 229 (CanLII), par. 66. Le procureur général admet devant notre Cour que le par. 32(2) s'applique à tous les éléments de

part of the record of the case or not. In my view, this concession is well founded. Suffice it to say that, for our purposes in this appeal, I agree with the interpretation adopted by these appellate courts on this point, and find it more consistent with basic principles of statutory interpretation to conclude that the entirety of s. 32(1) is subject to the specific provision contained in s. 32(2).

[17] That s. 32(2) applies to Canadian-gathered evidence contained in the record of the case does not, however, provide guidance on exactly what a requesting state must do to comply with the “rules of evidence under Canadian law” in respect of evidence gathered in Canada. More particularly, the question that occupies us in this appeal is the following: how is the summary form of the evidence provided for under s. 33(1) to be reconciled with the strictures of the hearsay rule? Does s. 32(2) require traditional adherence to the hearsay rule as it is applied in domestic criminal courts, as found by the majority in the Court of Appeal below? Or do ss. 32(2) and 33(1), read together, provide for a modified approach to the hearsay rule unique to the extradition context, as found by the dissent? As I will explain, it is my view that the latter is the correct interpretation of the evidentiary provisions of the Act.

[18] If we follow the reasoning of the majority in the Court of Appeal below, any summary of Canadian-gathered evidence contained in the record of the case would be inadmissible, as it inherently constitutes hearsay. Thus, if a witness is interviewed in Canada and his or her expected trial testimony is summarized in a properly certified record of the case, the evidence will be inadmissible in this form. The witness would have to be called to give *viva voce* evidence in every case, unless some other method of presenting the evidence fell within one of the traditional exceptions to the hearsay rule, or met the exigencies of the principled exception to the hearsay rule. Likewise, actual records and other exhibits gathered in Canada would have to be filed rather than their

preuve obtenus au Canada, qu'ils fassent partie ou non du dossier d'extradition. Cette concession m'apparaît bien fondée. Aux fins du présent pourvoi, je dirai simplement que je souscris à l'interprétation adoptée par ces juridictions d'appel sur ce point et que j'estime davantage conforme aux principes fondamentaux d'interprétation législative de conclure que le par. 32(1) en entier est assujéti à la disposition spécifique du par. 32(2).

[17] Le fait que le par. 32(2) s'applique aux éléments de preuve obtenus au Canada et contenus dans le dossier d'extradition ne nous indique cependant pas ce que l'État requérant doit faire, exactement, pour se conformer au « droit canadien » dans le cas des éléments obtenus au Canada. Plus précisément, la question qu'il nous faut trancher est la suivante : comment peut-on concilier la production d'éléments de preuve sous forme de résumé prévue au par. 33(1) et les exigences de la règle du oui-dire? Le paragraphe 32(2) exige-t-il l'observation traditionnelle de la règle du oui-dire telle qu'elle est appliquée par les juridictions criminelles du Canada, comme l'a conclu la majorité de la Cour d'appel? Ou bien les par. 32(2) et 33(1), lus conjointement, établissent-ils une approche modifiée de la règle du oui-dire applicable uniquement dans le contexte de l'extradition, comme l'a conclu le juge dissident? Comme je vais l'expliquer, l'interprétation correcte des dispositions de la Loi relatives à la preuve est à mon avis la seconde.

[18] Si l'on suit le raisonnement adopté en l'espèce par la majorité de la Cour d'appel, tout résumé d'éléments de preuve obtenus au Canada contenu dans le dossier d'extradition serait inadmissible, puisqu'il constitue en soi du oui-dire. Si, par exemple, un témoin est interrogé au Canada et que le témoignage qu'on attend de lui au procès est résumé dans un dossier d'extradition dûment certifié, cet élément de preuve ne sera pas admissible sous cette forme. Il faudrait dans chaque affaire assigner le témoin à venir témoigner de vive voix, à moins qu'une autre méthode de production de la preuve entre dans les exceptions traditionnelles à la règle du oui-dire, ou satisfasse aux exigences de l'exception raisonnée à la règle du oui-dire. De même, il faudrait déposer les dossiers mêmes et autres pièces obtenus au Canada,

contents simply summarized in the record of the case.

[19] It was open to Parliament to restrict the type of evidence that could be presented in summary form in the record of the case to *foreign-gathered* evidence, as the majority in the Court of Appeal below has effectively ruled. The main difficulty with this interpretation, however, is that s. 33(1) imposes no such limitation. It requires rather that the requesting state summarize “the evidence available . . . for use in the prosecution”. The requesting state is then required under s. 33(3) to certify that “the evidence summarized or contained in the record of the case is available for trial”, and that this evidence is either sufficient to justify prosecution under its law, or that it was gathered according to its law. The words “summarized or contained” in s. 33(3) would seem to contemplate the situation where some of the evidence in the record of the case may not be in summary form. For example, documentary evidence could be filed and would therefore be “contained” (and not “summarized”) in the record of the case; however, it can hardly be said that *viva voce* testimony could be “contained” in the record of the case. I therefore conclude that s. 33 of the Act clearly contemplates the inclusion of evidence gathered in Canada in summary form in the record of the case. Had Parliament intended to confine the record of the case to evidence gathered outside of Canada, it would have said so in clear terms.

[20] In my view, the interpretation adopted by Chiasson J.A. in dissent is not only more consistent with the combined wording of ss. 32 and 33, it better accords with general principles of extradition law. I will explain.

[21] As stated earlier, according to Chiasson J.A., the new evidentiary regime requires a two-step approach with respect to Canadian-gathered evidence. The evidence may first be presented to the extradition judge as part of the record of the case, in the form required under s. 33. As such, it is

plutôt que d’en résumer simplement le contenu dans le dossier d’extradition.

[19] Le législateur aurait pu restreindre le type d’éléments de preuve pouvant être produits sous forme de résumé dans le dossier d’extradition aux éléments obtenus à l’étranger, conformément à la conclusion à laquelle est en fait arrivée la majorité de la Cour d’appel en l’espèce. Mais la principale difficulté que soulève cette interprétation, c’est que le par. 33(1) n’impose aucune restriction semblable. Il oblige plutôt l’État requérant à présenter un résumé « des éléments de preuve dont [il] dispose [. . .] aux fins de poursuite ». L’État requérant est alors tenu, en vertu du par. 33(3), de certifier que « les éléments de preuve résumés au dossier ou contenus dans celui-ci sont disponibles pour le procès » et que soit ils sont suffisants pour justifier la poursuite selon le droit de cet État, soit ils ont été recueillis conformément à ce droit. Les mots « résumés au dossier ou contenus dans celui-ci » employés au par. 33(3) semblent viser le cas où certains éléments de preuve figurant dans le dossier pourraient ne pas y être présentés sous forme de résumé. Par exemple, une preuve documentaire pourrait avoir été produite et elle serait alors « contenue » (et non « résumée ») dans le dossier; il serait toutefois difficile de prétendre qu’un témoignage fait de vive voix pourrait être « contenu » dans le dossier d’extradition. Je conclus par conséquent que l’art. 33 de la Loi prévoit manifestement l’inclusion dans le dossier, sous forme de résumé, d’éléments de preuve obtenus au Canada. Si le législateur avait voulu limiter le dossier d’extradition aux éléments de preuve obtenus à l’extérieur du Canada, il l’aurait dit en termes clairs.

[20] Selon moi, l’interprétation adoptée par le juge Chiasson dans ses motifs dissidents cadre mieux, non seulement avec le texte des art. 32 et 33 combinés, mais avec les principes généraux du droit de l’extradition, pour des raisons que je vais expliquer.

[21] Comme je l’ai mentionné, le nouveau régime de preuve suppose, selon le juge Chiasson, une approche en deux étapes à l’égard des éléments de preuve obtenus au Canada. La preuve peut tout d’abord être présentée au juge d’extradition à l’intérieur du dossier, sous la forme exigée par l’art. 33.

presumptively admissible in summary form under s. 32(1). Section 32(2) then requires the court to scrutinize Canadian-gathered evidence for compliance with Canadian law. It is therefore insufficient for the requesting state to certify that the Canadian-gathered evidence is available for the prosecution and would be admissible in its own jurisdiction. If gathered in Canada, the evidence must also “satisfy the rules of evidence under Canadian law in order to be admitted”. Canadian rules respecting the admissibility of evidence necessarily include the *Charter*, as the *Charter* is the supreme law of the land. Consequently, s. 32(2) must also be read as contemplating the potential exclusion of otherwise admissible evidence under s. 24(2) of the *Charter* when it has been obtained in a manner that contravenes the *Charter*. In short, the Act requires that our extradition partners comply with Canadian law when gathering evidence in Canada.

[22] While Chiasson J.A. states that his approach differs from that of Moldaver J.A. in *McDowell*, I agree with the Attorney General that, “on close analysis there is little difference in either the reasoning or the result. Both conclude that hearsay evidence is admissible in a record of the case when it is Canadian gathered, as long as it would be *otherwise admissible under Canadian law*” (A.F., at para. 52 (emphasis in original)). Except for the majority decision in the court below, the approach set out in *McDowell* has been followed consistently by many courts, including the extradition judge in this case. Starting with *McDowell*, I will briefly outline the factual underpinnings of some of these cases as they exemplify how s. 32(2) will play out at an extradition hearing.

[23] In *McDowell*, the person sought argued that the first-hand observations of U.S. investigator Detective Hernandez made at the time of his arrest in Canada were not admissible in the form of a summary contained in the record of the case.

Elle est alors présumée admissible sous forme de résumé selon le par. 32(1). Le paragraphe 32(2) demande ensuite au tribunal de vérifier la conformité des éléments de preuve obtenus au Canada avec le droit canadien. L'État requérant ne peut donc pas se contenter de certifier que les éléments de preuve obtenus au Canada sont disponibles aux fins de poursuite et seraient admissibles devant ses tribunaux. Si les éléments de preuve ont été obtenus au Canada, ils seront en effet admis seulement « en conformité avec le droit canadien ». Les règles du droit canadien relatives à l'admissibilité de la preuve comprennent nécessairement celles énoncées dans la *Charte*, loi suprême du pays. Il faut donc conclure que le par. 32(2) envisage l'exclusion possible, par application du par. 24(2) de la *Charte*, d'éléments de preuve par ailleurs admissibles, mais obtenus d'une manière qui contrevient à la *Charte*. En bref, la Loi exige de nos partenaires qu'ils se conforment au droit canadien lorsqu'ils recueillent des éléments de preuve au Canada.

[22] Bien que le juge Chiasson précise que son approche diffère de celle du juge Moldaver dans *McDowell*, je suis d'accord avec le procureur général lorsqu'il fait valoir que [TRADUCTION] « à y regarder de près, il y a peu de différence à la fois dans le raisonnement et dans le résultat. Les deux arrivent à la conclusion que la preuve par ouï-dire est admissible dans un dossier d'extradition lorsqu'elle a été obtenue au Canada, dans la mesure où elle serait *par ailleurs admissible en droit canadien* » (m.a., par. 52 (en italique dans l'original)). Abstraction faite de la décision rendue par la majorité de la Cour d'appel dans la présente affaire, l'approche décrite dans *McDowell* a été uniformément suivie par de nombreux tribunaux, dont la juge d'extradition en l'espèce. En commençant par l'affaire *McDowell*, je décrirai brièvement les faits à la base de certaines de ces décisions, parce qu'ils montrent comment le par. 32(2) entre en jeu dans une audience d'extradition.

[23] Dans *McDowell*, l'intéressé soutenait que les observations de première main du détective enquêteur américain Hernandez faites lors de son arrestation au Canada n'étaient pas admissibles sous la forme d'un résumé contenu dans le dossier

It was not disputed that the officer could give this evidence if called as a witness in a Canadian trial; nor was there any suggestion that the evidence was unlawfully gathered. However, Mr. McDowell argued that Detective Hernandez had to be called as a witness to give *viva voce* evidence at the extradition hearing. Moldaver J.A., writing for a unanimous court, rejected that argument. In his view, s. 32(2) is concerned with substance over form. In other words, the evidence may be presented in summary *form*, in accordance with s. 33 of the Act, and can be relied on by the extradition judge if, in *substance*, it would be admissible in a Canadian court. Accordingly, the first-hand evidence of Detective Hernandez was not required to be presented by *viva voce* testimony.

[24] In its factum, the Attorney General describes, at para. 51, how the following types of Canadian-gathered evidence have been admitted in summary form in accordance with this two-step approach:

- (a) A summary of corporate records, banking records and postal records gathered in Canada without requiring the documents themselves where there was no basis to believe that any of the documents were gathered unlawfully and where these types of records were otherwise admissible as business records under s. 30 of the *Canada Evidence Act*: *United States of America v. Budd*, [2005] O.J. No. 2067 (S.C.J.) at paras. 11-15, affirmed (2006), 210 C.C.C. (3d) 189 (Ont. C.A.) at paras. 5 & 17-19.
- (b) A summary of witness evidence gathered in Canada that was otherwise admissible under Canadian law without requiring the witness to provide *viva voce* testimony: *États-Unis d'Amérique v. Vallée* (2006), 213 C.C.C. (3d) 553 (Que. C.A.) at paras. 66-67, application for leave to appeal dismissed, [2006] C.S.C.R. no 165; *United States of America v. Anderson*, [2006] Q.J. No. 7516 (S.C.) at paras. 67-70; and *United States of America v. Ritter*, [2005] A.J. No. 817 (Q.B.) at paras. 20-24.
- (c) A copy of a booking-photograph taken incidental to a lawful arrest in Canada: *United States of*

d'extradition. Il n'était pas contesté que l'agent pourrait donner ce témoignage s'il était cité dans le cadre d'un procès au Canada, et rien ne permettait de croire que l'élément de preuve avait été obtenu illégalement. M. McDowell prétendait cependant que le détective Hernandez devait être assigné à témoigner de vive voix à l'audience d'extradition. Le juge Moldaver, rédigeant l'opinion unanime de la cour, a rejeté cet argument. À son avis, le par. 32(2) concerne le fond plutôt que la forme. Autrement dit, les éléments de preuve peuvent être présentés *sous forme* de résumé, comme il est prévu à l'art. 33 de la Loi, et le juge d'extradition peut se fonder sur eux dans le cas où, *sur le fond*, ils seraient admissibles devant un tribunal canadien. La preuve de première main émanant du détective Hernandez n'avait donc pas à être présentée de vive voix.

[24] Au paragraphe 51 de son mémoire, le procureur général décrit la manière dont les types suivants d'éléments de preuve obtenus au Canada ont été admis sous forme de résumé en conformité avec cette approche en deux étapes :

[TRADUCTION]

- a) Un résumé de dossiers d'entreprise, dossiers bancaires et registres postaux obtenus au Canada, sans que les documents eux-mêmes soient exigés, dans un cas où il n'y avait aucun motif de croire que les documents avaient été obtenus illégalement et où ces types de documents étaient par ailleurs admissibles à titre de pièces commerciales en vertu de l'art. 30 de la *Loi sur la preuve au Canada* : *United States of America c. Budd*, [2005] O.J. No. 2067 (C.S.J.), par. 11-15, conf. par (2006), 210 C.C.C. (3d) 189 (C.A. Ont.), par. 5 et 17-19.
- b) Un résumé de la déposition d'un témoin obtenue au Canada et par ailleurs admissible en droit canadien sans qu'il soit nécessaire de faire témoigner la personne de vive voix : *États-Unis d'Amérique c. Vallée* (2006), 213 C.C.C. (3d) 553 (C.A. Qué.), par. 66-67, demande d'autorisation d'appel rejetée, [2006] C.S.C.R. n° 165; *United States of America c. Anderson*, [2006] Q.J. No. 7516 (C.S.), par. 67-70; et *United States of America c. Ritter*, [2005] A.J. No. 817 (B.R.), par. 20-24.
- c) Une copie d'une photo signalétique prise à la suite d'une arrestation légale effectuée au Canada :

America v. Graham, [2005] B.C.J. No. 716 (S.C.) at paras. 15-26.

- (d) A summary of statements made by a person sought following their arrest in Canada confirming their name and date of birth and the results of a fingerprint comparison between fingerprints taken incidental to arrest in Canada and fingerprints taken in the requesting state, where there was nothing to suggest that any evidence gathered in Canada was obtained otherwise than in accordance with domestic law: *United States of America v. Pannell*, [2005] O.J. No. 5957 (S.C.J.) at paras. 13, 29 & 65-68, affirmed (2007), 227 C.C.C. (3d) 336 (Ont. C.A.).

[25] In my view, the approach adopted in these decisions not only accords with a combined reading of ss. 32 and 33 of the Act as I have explained above, it achieves a proper balance between the liberty interests of the person sought and the international principle of comity. It is a well-established principle of statutory interpretation that in interpreting domestic legislation, courts should strive to arrive at a construction which conforms with Canada's treaty obligations: see, e.g., *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at para. 53. In the extradition context, the requirement that Canadian-gathered evidence comply with Canadian rules of evidence is unlikely to give rise to particular difficulties with respect to most evidentiary rules, including privilege, the expert opinion rule, or the rule against bad character evidence. The same cannot be said, however, of the hearsay rule.

[26] Adherence to the strictures of the hearsay rule in the extradition context would require, as a general rule, that witnesses be called to give *viva voce* evidence resulting in inevitable delays, increased expenses, and potentially lengthy cross-examinations in a hearing that is neither intended as a vehicle for disclosure nor as a forum to adjudicate on the merits of the foreign prosecution. Traditional adherence to the rule could occasion protracted *voir dire*s to determine whether evidence presented in hearsay form falls into one of the recognized exceptions to the rule or meets the twin criteria of necessity and reliability. In my view, Moldaver J.A.

United States of America c. Graham, [2005] B.C.J. No. 716 (C.S.), par. 15-26.

- d) Un résumé des déclarations faites par une personne à la suite de son arrestation au Canada, dans lesquelles elle avait confirmé son nom et sa date de naissance, et les résultats d'une comparaison entre les empreintes digitales prises à la suite de l'arrestation au Canada et celles prises dans l'État requérant, dans un cas où rien n'indiquait que l'un ou l'autre des éléments de preuve obtenus au Canada avait été obtenu autrement qu'en conformité avec le droit canadien : *United States of America c. Pannell*, [2005] O.J. No. 5957 (C.S.J.), par. 13, 29 et 65-68, conf. par (2007), 227 C.C.C. (3d) 336 (C.A. Ont.).

[25] Selon moi, l'approche adoptée dans ces décisions, non seulement s'accorde avec les art. 32 et 33 de la Loi lus conjointement, comme je l'ai expliqué plus haut, mais permet de trouver le juste équilibre entre le droit à la liberté de l'intéressé et le principe de la courtoisie en droit international. Un principe bien établi d'interprétation législative veut que les tribunaux s'efforcent, dans l'interprétation de la législation nationale, d'arriver à une interprétation qui concorde avec les obligations du Canada découlant de traités : voir p. ex. *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 53. Dans le contexte de l'extradition, la règle exigeant que les éléments de preuve obtenus au Canada respectent le droit canadien de la preuve risque peu de susciter des difficultés particulières en ce qui concerne la plupart des règles de preuve, y compris celles relatives au privilège, à l'opinion d'expert ou à la preuve de mauvaise réputation. On ne peut cependant pas en dire autant de la règle interdisant le ouï-dire.

[26] L'observation, dans le contexte de l'extradition, des restrictions imposées par la règle interdisant le ouï-dire exigerait généralement que les témoins soient assignés à témoigner de vive voix. Cela entraînerait des retards inévitables et une augmentation des frais, ainsi que des contre-interrogatoires peut-être très longs dans le cadre d'une audience qui n'est pas censée constituer un moyen de communication de la preuve ni un forum où il est statué quant au fond sur la poursuite étrangère. L'observation traditionnelle de la règle pourrait occasionner de très longs voir-dire visant à déterminer si des éléments de preuve présentés sous forme de ouï-dire entrent

rightly concluded in *McDowell* that traditional adherence to the hearsay rule “would be to allow form to triumph over substance and lead to expensive, time-consuming hearings that would disable Canada from complying with its international obligations in a prompt and efficient manner: see *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, . . . at para. 122” (para. 17). Hence, such an interpretation should be avoided.

[27] The opposing view—namely, that Parliament intended in the Act to provide a modified approach to the hearsay rule unique to the extradition context—can hardly be considered a novel or startling proposition. Indeed, as a starting point, it is wrong to equate extradition proceedings with the criminal trial process. As stated by McLachlin J., as she then was, in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at pp. 844-45:

While the extradition process is an important part of our system of criminal justice, it would be wrong to equate it to the criminal trial process. It differs from the criminal process in purpose and procedure and, most importantly, in the factors which render it fair. Extradition procedure, unlike the criminal procedure, is founded on the concepts of reciprocity, comity and respect for differences in other jurisdictions.

This unique foundation means that the law of extradition must accommodate many factors foreign to our internal criminal law. While our conceptions of what constitutes a fair criminal law are important to the process of extradition, they are necessarily tempered by other considerations.

Thus this Court, *per* La Forest J., recognized in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, at pp. 522-23, that our extradition process does not require conformity with Canadian norms and standards. The foreign judicial system will not necessarily be considered

dans l’une des exceptions reconnues à la règle ou répondent au double critère de la nécessité et de la fiabilité. Le juge Moldaver a eu raison, à mon avis, de conclure dans *McDowell* que l’adhésion traditionnelle à la règle du oui-dire [TRADUCTION] « reviendrait à accepter de voir la forme l’emporter sur le fond, et conduirait à des audiences coûteuses et longues qui empêcheraient le Canada de s’acquitter de ses obligations internationales d’une manière prompte et efficace : voir *États-Unis d’Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, [. . .] par. 122 » (par. 17). Il convient donc d’éviter une telle interprétation.

[27] Le point de vue opposé—soit que le législateur a voulu, dans la Loi, instituer une approche modifiée de la règle du oui-dire, applicable uniquement dans le contexte de l’extradition—peut difficilement être considéré comme une thèse nouvelle ou surprenante. En effet, au départ, il est erroné de mettre le processus d’extradition sur le même pied que le processus criminel. Dans *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a écrit, aux p. 844-845 :

Bien que le processus d’extradition constitue une partie importante de notre système de justice pénale, il serait erroné de le faire correspondre au processus d’instance criminelle. Il est différent du processus criminel par son objet et sa procédure et, ce qui est le plus important, par les facteurs qui le rendent équitable. Contrairement à la procédure criminelle, la procédure en matière d’extradition est fondée sur des concepts de réciprocité, de courtoisie et de respect des différences dans d’autres ressorts.

En raison de cette situation unique, le droit de l’extradition doit tenir compte d’un grand nombre de facteurs étrangers à notre droit criminel interne. Bien que notre conception d’un droit criminel équitable soit importante en ce qui a trait au processus d’extradition, elle est nécessairement tempérée par d’autres facteurs.

Ainsi, notre Cour, par l’entremise du juge La Forest, a reconnu dans l’arrêt *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, aux pp. 522 et 523, que notre processus en matière d’extradition n’exige pas le respect des normes canadiennes. Le système judiciaire étranger ne sera pas

fundamentally unjust because it operates without, for example, the presumption of innocence and other legal safeguards we demand in our own system of criminal justice.

[28] Along similar lines, in upholding the constitutionality of the evidentiary provisions contained in the current Act, this Court in *Ferras* held that “the rules of evidence applicable to a criminal trial in Canada do not necessarily apply to the extradition process” (para. 14) and that basic fairness to the person sought for extradition does not require “all the procedural safeguards of a trial” (para. 21). The Court noted further: “No particular form or quality of evidence is required for extradition, which has historically proceeded flexibly and in a spirit of respect and comity for extradition partners” (para. 33).

[29] Likewise, because extradition proceedings are not concerned with issues of guilt or innocence, the court’s jurisdiction to grant *Charter* remedies, conferred by s. 25 of the Act, is limited to those “breaches that pertain directly to the circumscribed issues relevant at the committal stage of the extradition process”: *United States of America v. Kwok*, 2001 SCC 18, [2001] 1 S.C.R. 532, at para. 57. A *Charter* breach, allegedly committed in the gathering of evidence in Canada, is obviously one of those issues. Thus, the extradition judge has the jurisdiction to entertain an application under s. 24(2) of the *Charter* for the exclusion of evidence obtained in contravention of the *Charter*. Mr. Anekwu argues that, because of the limited scope of disclosure in an extradition proceeding (*United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, at para. 130; *Kwok*, at para. 100), the onus should be on the requesting state to prove that the evidence is justifiably before the court. Otherwise, he submits, this would leave both the person sought and the extradition judge without any meaningful ability to inquire into the manner in which the evidence is gathered in Canada. I see no reason for reversing the usual rule which puts the onus of proving a *Charter* breach on the person who claims it. Since compliance with

nécessairement considéré comme foncièrement injuste parce que, par exemple, il n’applique pas la présomption d’innocence ni d’autres garanties juridiques que nous exigeons dans notre propre système de justice pénale.

[28] Dans une optique similaire, notre Cour, en confirmant la constitutionnalité des dispositions de la Loi actuelle relatives à la preuve, a précisé dans *Ferras* que « les règles de preuve applicables à un procès criminel au Canada ne s’appliquent pas nécessairement au processus d’extradition » (par. 14) et que le principe de l’équité fondamentale envers l’intéressé n’exige pas « l’application de toutes les garanties procédurales qu’offre la tenue d’un procès » (par. 21). La Cour a ajouté ceci : « Aucune forme ou qualité particulière de preuve n’est exigée pour l’extradition, qui, de tout temps, se caractérise par sa souplesse et se déroule dans un esprit de respect et de courtoisie envers les partenaires » (par. 33).

[29] De même, comme la procédure d’extradition ne porte pas sur la question de la culpabilité ou de l’innocence, la compétence du tribunal d’accorder une réparation en application de la *Charte*, conférée par l’art. 25 de la Loi, se limite aux « violations de la *Charte* se rapportant directement aux questions limitées qui sont pertinentes à l’étape de l’incarcération dans le processus d’extradition » : *États-Unis d’Amérique c. Kwok*, 2001 CSC 18, [2001] 1 R.C.S. 532, par. 57. Une violation de la *Charte*, commise dans le cadre de la recherche d’éléments de preuve au Canada, est manifestement l’une de ces questions. Par conséquent, le juge d’extradition a compétence pour examiner, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, une demande d’exclusion d’un élément de preuve obtenu en violation de la *Charte*. M. Anekwu fait valoir que, compte tenu de la portée limitée de la communication de la preuve dans une procédure d’extradition (*États-Unis d’Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 130; *Kwok*, par. 100), c’est à l’État requérant que devrait incomber le fardeau de prouver que la production de la preuve devant le tribunal est justifiable. Autrement, l’intéressé et le juge d’extradition se retrouveraient tous deux privés, selon lui, de la possibilité réelle de vérifier la façon dont la preuve a été obtenue au

Canadian rules of evidence is mandatory in respect of Canadian-gathered evidence, it follows that the record of the case should contain sufficient information to enable the person sought and the extradition judge to ascertain whether any item of evidence has been gathered in Canada and, when that is the case, some information should also be provided on how it was obtained. As in any *Charter* application, the requisite evidentiary basis may then be found in the evidence filed by the requesting state, or the applicant may present his or her own evidence. In addition, the extradition judge may order the production of materials relevant to any issue properly raised at the committal stage of the process where there is an air of reality to the *Charter* claim: *Kwok*, at para. 100.

[30] In short, I conclude that a flexible approach that does not insist that evidence take a particular form, but that still ensures that the person sought may challenge the admissibility of evidence under the *Charter*, or its content according to Canadian evidentiary rules, is more consistent with the purpose of the extradition hearing. As Moldaver J.A. succinctly put it in *McDowell* (at paras. 22-23):

... there is good reason for Canada to insist that evidence gathered in Canada conform substantively with our rules of evidence. Such a rule does not place an onerous burden on the requesting partner. It does, however, preserve the integrity of our justice system by affording fugitives the protection of our laws and values while they remain in Canada. In that way, the Act provides a front-line check on the methods used by both foreign and domestic law enforcement agencies to collect evidence in Canada.

Insisting that evidence gathered in Canada comply substantively with our rules of evidence is one thing; insisting that it take a certain form is quite another. The latter does nothing to preserve or protect the integrity of our justice system and it creates a barrier to the

Canada. Je ne vois pas pourquoi il y aurait lieu d'inverser la règle habituelle qui attribue à la personne qui invoque la *Charte* le fardeau de prouver l'atteinte aux droits qu'elle lui garantit. Les éléments de preuve obtenus au Canada devant être conformes aux règles de preuve du droit canadien, le dossier d'extradition doit contenir suffisamment de renseignements pour permettre à l'intéressé et au juge d'extradition de déterminer si un élément de preuve a été obtenu au Canada et, le cas échéant, certains détails sur la façon dont il a été obtenu. Comme c'est le cas dans toute demande fondée sur la *Charte*, l'auteur de la demande peut donc trouver la preuve requise dans les éléments déposés par l'État requérant ou produire lui-même des éléments de preuve. De plus, lorsque la demande fondée sur la *Charte* présente une certaine vraisemblance, le juge d'extradition peut ordonner la production d'éléments pertinents à l'égard de toute question soulevée à bon droit à l'étape de l'incarcération : *Kwok*, par. 100.

[30] Bref, je conclus qu'une approche empreinte de souplesse, qui n'exige pas que la preuve revête une forme particulière, mais offre néanmoins à l'intéressé la possibilité de contester l'admissibilité de la preuve en vertu de la *Charte* ou de son contenu en fonction des règles de preuve du droit canadien, s'accorde davantage avec l'objet de l'audience d'extradition. Comme l'a souligné de façon concise le juge Moldaver dans *McDowell* (par. 22-23) :

[TRADUCTION] ... le Canada a de bonnes raisons d'insister pour que les éléments de preuve obtenus au Canada soient pour l'essentiel conformes aux règles de preuve du droit canadien. Cette règle n'impose pas un fardeau trop lourd au partenaire requérant. Elle préserve en revanche l'intégrité de notre système de justice en accordant aux fugitifs la protection de nos lois et de nos valeurs pendant qu'ils se trouvent au Canada. La Loi établit ainsi un contrôle de première ligne des méthodes utilisées par les organismes d'application de la loi tant étrangers que canadiens pour recueillir des éléments de preuve au Canada.

C'est une chose d'insister pour que les éléments de preuve obtenus au Canada respectent pour l'essentiel nos règles de preuve; c'est une tout autre chose d'insister pour qu'ils revêtent une forme déterminée. Cette dernière exigence ne contribue en rien à préserver ou à protéger

prompt and efficient discharge of our international obligations.

[31] I would add that, in an appropriate case, the extradition judge may require the attendance of any witness for examination or cross-examination. Section 24(2) of the Act gives the extradition judge the same powers as a preliminary inquiry judge in a domestic proceeding. It reads as follows:

For the purposes of the hearing, the judge has, subject to this Act, the powers of a justice under Part XVIII of the *Criminal Code*, with any modifications that the circumstances require.

As the Court noted in *Ferras*, the current Act does not maintain the close parallel between the extradition hearing and the domestic preliminary hearing that existed under the previous statute. Section 24(2), rather, “grants the extradition judge the same powers as a preliminary inquiry judge, but requires the judge to exercise those powers in a manner appropriate to the extradition context” (*Ferras*, at para. 48). There is no question that the preliminary inquiry judge has the power to compel the attendance of a witness for cross-examination in an appropriate case. See, for example, s. 540(9) of the *Criminal Code*. Thus, the extradition judge may, in his or her discretion, require any person to appear for examination or cross-examination in respect of the Canadian-gathered evidence tendered in summary form in the record of the case. For example, this may be appropriate if it is unclear whether the evidence substantively conforms with the rules of evidence. Likewise, where there is an “air of reality” to a *Charter* claim, the extradition judge may well find it appropriate in exceptional circumstances to require the attendance of any witness. Of course, the court in exercising its discretion must be mindful that, contrary to the preliminary hearing, there is no general right to cross-examine witnesses in the extradition context: *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, at p. 521; *Re United States of America and Smith* (1984), 44 O.R. (2d) 705 (C.A.), at pp. 719-20; *United States of America v. Earles*, 2003 BCCA 20,

l’intégrité de notre système de justice et elle crée un obstacle à l’exécution prompte et efficace de nos obligations internationales.

[31] J’ajouterais que, lorsque cela est indiqué, le juge d’extradition peut exiger qu’un témoin compare pour être interrogé ou contre-interrogé. Le paragraphe 24(2) de la Loi confère au juge d’extradition les pouvoirs d’un juge président une enquête préliminaire dans le cadre d’une procédure canadienne. En voici le texte :

[Le juge] est pour ce faire investi, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, des mêmes pouvoirs qu’un juge de paix en application de la partie XVIII du *Code criminel*, compte tenu des adaptations nécessaires.

Comme l’a indiqué notre Cour dans *Ferras*, la Loi actuelle ne maintient pas le parallèle étroit entre l’audience d’extradition et l’enquête préliminaire se déroulant au Canada qui existait dans la version antérieure. Ainsi, le paragraphe 24(2) « confère au juge d’extradition les mêmes pouvoirs que ceux dont est investi le juge président l’enquête préliminaire, mais [il] exige qu’il les exerce d’une manière qui convienne dans le contexte de l’extradition » (*Ferras*, par. 48). Il ne fait aucun doute que le juge président l’enquête préliminaire est habilité à obliger un témoin à comparaître, au besoin, pour être contre-interrogé. Voir, par exemple, le par. 540(9) du *Code criminel*. Par conséquent, le juge d’extradition a le pouvoir discrétionnaire d’assigner une personne à comparaître pour être interrogée ou contre-interrogée au sujet des éléments de preuve obtenus au Canada qui sont présentés sous forme de résumé dans le dossier d’extradition. Cela pourrait s’avérer opportun, par exemple, s’il n’est pas évident que les éléments de preuve respectent pour l’essentiel les règles de preuve. De même, lorsqu’une demande fondée sur la *Charte* présente une certaine vraisemblance, le juge d’extradition peut très bien juger opportun d’exiger la présence d’un témoin, dans des circonstances exceptionnelles. Bien entendu, en exerçant son pouvoir discrétionnaire, le tribunal ne doit pas oublier que le droit général de contre-interroger les témoins qui existe dans le cadre de l’enquête préliminaire n’existe pas dans le contexte de l’extradition : *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S.

171 C.C.C. (3d) 116, at para. 31; *Wacjman*, at para. 81.

4. Disposition

[32] In this case, Mr. Anekwu argues that the Canadian-gathered evidence is not admissible in summary form. He has not argued that the content of any particular item of Canadian-gathered evidence would be inadmissible if adduced in the context of a Canadian proceeding and, in my view, rightly so. As stated earlier, the impugned evidence is comprised of corporate records, mailbox records, bank records, first-hand police surveillance evidence and an immigration photograph of Mr. Anekwu, all of which would be admissible if the actual records were filed or the evidence adduced by *viva voce* evidence in the usual course of a criminal proceeding. The extradition judge was therefore correct to admit this evidence under the approach set out above.

[33] Mr. Anekwu also alleged at the extradition hearing that the same records, surveillance evidence and immigration photograph were obtained without warrants and therefore in contravention of s. 8 of the *Charter*. As stated earlier, he further contended that the onus was on the requesting state to show that the evidence was justifiably before the court. The Attorney General argued that the onus was on Mr. Anekwu, rather, to prove any alleged *Charter* breach. Further, there was no air of reality to his claim that the evidence was illegally obtained because none of the evidence required the issuance of a search warrant. Rather, the records and other evidence in question could be adduced by four persons named in subpoenas placed before the court. The extradition judge acceded to the Attorney General's argument, noting that Mr. Anekwu took no issue with the subpoenas being properly served or the evidence being admissible orally (2006 BCSC 731, [2006] B.C.J. No. 1029 (QL), at para. 20). In my view, the extradition judge rightly

500, p. 521; *Re United States of America and Smith* (1984), 44 O.R. (2d) 705 (C.A.), p. 719-720; *United States of America c. Earles*, 2003 BCCA 20, 171 C.C.C. (3d) 116, par. 31; *Wacjman*, par. 81.

4. Dispositif

[32] En l'espèce, M. Anekwu soutient que les éléments de preuve obtenus au Canada ne sont pas admissibles sous forme de résumé. Il n'a pas fait valoir que le contenu d'un élément de preuve quelconque obtenu au Canada serait inadmissible s'il était présenté dans le contexte d'une instance canadienne et j'estime que cette abstention de sa part était judicieuse. Comme nous l'avons vu, la preuve en litige est composée de dossiers d'entreprise, de registres de boîtes aux lettres, de dossiers bancaires, d'un témoignage de première main concernant une surveillance policière et d'une photographie de M. Anekwu provenant des services d'immigration, éléments qui seraient tous admissibles si les documents mêmes étaient déposés ou les témoignages entendus de vive voix dans le cadre d'une procédure ordinaire en matière criminelle. La juge d'extradition a donc eu raison d'admettre ces éléments de preuve selon le raisonnement décrit ci-dessus.

[33] M. Anekwu a aussi soutenu, lors de l'audience d'extradition, que ces mêmes dossiers, observations concernant une surveillance policière et photographie des services d'immigration ont été obtenus sans mandat et, partant, en violation de l'art. 8 de la *Charte*. Comme je l'ai déjà mentionné, il a aussi fait valoir qu'il incombait à l'État requérant de démontrer que la production de ces éléments devant le tribunal était justifiable. Le procureur général a plaidé qu'il incombait plutôt à M. Anekwu de prouver l'atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*. Par ailleurs, la prétention de M. Anekwu que ces éléments de preuve ont été obtenus illégalement était dépourvue de vraisemblance car aucun d'eux n'exigeait l'obtention d'un mandat de perquisition. Les documents et autres éléments de preuve en cause pouvaient être produits par quatre personnes désignées dans des assignations à comparaître présentées au tribunal. La juge d'extradition a retenu les arguments du procureur général, en soulignant que M. Anekwu n'avait contesté ni la validité de la

concluded that there was no need to entertain any *Charter* application as Mr. Anekwu's claim lacked an air of reality: *Dynar*, at para. 141.

[34] Finally, having admitted the evidence, the extradition judge correctly concluded that it was sufficient to support a committal order.

[35] In the result, I conclude that the Court of Appeal erred in its interpretation and application of s. 32(2) of the Act. I would therefore allow the appeal and restore the committal and surrender orders.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellants: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

signification des assignations ni l'admissibilité des témoignages de vive voix (2006 BCSC 731, [2006] B.C.J. No. 1029 (QL), par. 20). Selon moi, la juge d'extradition a conclu à bon droit qu'il n'était nécessaire d'examiner aucune question fondée sur la *Charte*, la demande de M. Anekwu étant dépourvue de vraisemblance : *Dynar*, par. 141.

[34] Enfin, après avoir admis les éléments de preuve, la juge d'extradition a conclu à juste titre que la preuve était suffisante pour justifier une ordonnance d'incarcération.

[35] J'arrive ainsi à la conclusion que la Cour d'appel a commis une erreur dans son interprétation et son application du par. 32(2) de la Loi. Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance d'incarcération et l'arrêté d'extradition.

Pourvoi accueilli.

Procureur des appelants : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimé : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Salomonie Goo Jaw *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent***INDEXED AS: R. v. JAW****Neutral citation: 2009 SCC 42.**

File No.: 32706.

2009: January 13; 2009: September 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NUNAVUT

Criminal law — Charge to jury — Intent for murder — Post-offence conduct — Police officer shot by accused during violent struggle — Accused admitting at trial to having shot officer but claiming lack of intent to kill — Jury finding accused guilty of first degree murder — Whether trial judge's comments in charge suggesting that jury could infer intent from accused's post-offence conduct constituted error justifying appellate intervention — If so, whether curative proviso applicable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a), (b)(iii).

A police officer who was responding to a 911 call about a domestic dispute between the accused and his common-law spouse died from a gunshot wound which he sustained in the heat of a violent struggle with the accused. The accused was charged with first degree murder and admitted at trial to having shot the officer; he claimed, however, he lacked the intent to kill. The trial judge in his charge twice drew the jury's attention to the accused's conduct after the shooting. In particular, he told the jurors that "the Crown says you should conclude that the accused knew he shot [the officer] because he did not even bother to check [his condition] before deciding, as he said, to kill himself. So, if you accept this evidence, you may conclude that at the moment [the officer] was shot, the accused intended to kill [him], or at least intended to cause bodily harm that he knew was likely to kill [him], and he was reckless about whether the [officer] died or not". The accused was ultimately convicted of first degree murder. The

Salomonie Goo Jaw *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. JAW****Référence neutre : 2009 CSC 42.**

N° du greffe : 32706.

2009 : 13 janvier; 2009 : 25 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NUNAVUT

Droit criminel — Exposé au jury — Intention requise pour commettre un meurtre — Comportement postérieur à l'infraction — Policier abattu par balle par l'accusé durant une violente bagarre — Accusé admet au procès avoir tiré sur le policier, mais nie avoir eu l'intention de tuer — Jury déclare l'accusé coupable de meurtre au premier degré — Les commentaires du juge du procès dans son exposé, suggérant que le jury pouvait inférer l'intention de l'accusé de sa conduite postérieure à l'infraction, constituaient-ils une erreur justifiant une intervention en appel? — Si oui, la disposition réparatrice était-elle applicable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a), b)(iii).

Un policier, qui répondait à un appel au service 911 concernant une querelle opposant l'accusé et sa conjointe de fait, est mort des suites d'une blessure par balle subie dans le feu d'une violente bagarre avec l'accusé. L'accusé a été inculpé de meurtre au premier degré et a admis, au procès, avoir fait feu sur l'agent; il a toutefois soutenu qu'il n'avait pas l'intention de le tuer. Dans son exposé au jury, le juge du procès a attiré l'attention des jurés à deux reprises sur le comportement de l'accusé postérieur au coup de feu. Plus particulièrement, il a dit aux jurés que « le ministère public vous suggère de conclure que l'accusé savait qu'il avait abattu l'agent [. . .] parce qu'il n'a même pas pris le soin [d']examiner [dans quel état il était] avant de décider, comme il a dit, de s'enlever la vie. Ainsi, si vous reprenez cette preuve, vous pouvez conclure que l'accusé avait l'intention de tuer l'agent [. . .] au moment où celui-ci a été abattu, ou que l'accusé avait à tout le moins l'intention de causer des lésions corporelles en sachant qu'elles seraient de nature à causer la mort de

majority of the Court of Appeal upheld the murder conviction. The dissenting judge found that the trial judge had made a reversible error in his charge to the jury by suggesting that the jury might directly infer an intention to kill the police officer from the accused's post-offence conduct and that this error could not be cured by s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

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

Per McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The trial judge did not commit an error of law in his charge to the jury. Although, in the first sentence of the impugned portion of the charge, he somewhat misconstrued the Crown's actual reason for pointing to the accused's post-offence conduct, which was to impugn the accused's credibility and to suggest that he was fully aware of his actions at the time of the shooting, this could not be said to constitute an error in the charge. This error does not engage any of the three branches of s. 686(1)(a) of the *Criminal Code* and is therefore of no consequence to this appeal. There is no suggestion that the verdict was not reasonably supported by the evidence or that the jury was swayed by this misstatement in a way that could have resulted in an unfair trial. Nor can it be said that the trial judge erred on a question of law, since the error occurred while the trial judge was simply summarizing the Crown's position not while he was giving an instruction on a point of law. The theory on post-offence conduct mistakenly attributed to the Crown was not contrary to law or otherwise impermissible. The conclusion that the accused knew he had shot the officer could easily, and fairly, be drawn from the evidence of his actions after the shooting. [27] [29]

The second sentence, read in context, cannot reasonably be understood to suggest that the jury could infer intent from the accused's post-offence conduct alone. This sentence was made at the end of the judge's summary of the Crown's submissions and was immediately followed by a review of the defence theory. The structure of this portion of the charge suggests that: (1) the trial judge's use of the words "this evidence" referred to the entirety of the Crown's evidence that the judge had

l'agent [. . .], et qu'il ne s'est pas soucié de savoir si la mort du policier s'ensuivrait ou non. » L'accusé a finalement été déclaré coupable de meurtre au premier degré. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé la condamnation pour meurtre. Le juge dissident a estimé que le juge du procès avait commis, dans son exposé au jury, une erreur justifiant d'infirmer sa décision en indiquant que les jurés pouvaient s'appuyer sur le comportement de l'accusé postérieur à l'infraction pour inférer directement de celui-ci l'existence de son intention de tuer le policier et que le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne permettait pas de remédier à cette erreur.

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

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : Le juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit dans son exposé au jury. Même si, dans la première phrase de l'extrait contesté des directives, il a, dans une certaine mesure, mal interprété la véritable raison pour laquelle le ministère public a attiré l'attention sur le comportement de l'accusé postérieur à l'infraction, soit pour mettre en doute la crédibilité de ce dernier et pour suggérer qu'il était pleinement conscient de ses actes au moment où il a tiré, cela ne pouvait pas être considéré comme une erreur dans l'exposé. Cette erreur ne tombe sous aucun des trois volets de l'al. 686(1)(a) du *Code criminel*, elle n'a donc aucune incidence sur le présent pourvoi. Personne ne plaide que le verdict ne peut raisonnablement s'appuyer sur la preuve, ou que le jury a été influencé par cette déclaration erronée au point où cela aurait compromis l'équité du procès. On ne saurait prétendre non plus que le juge du procès a commis une erreur sur une question de droit, puisque l'erreur est survenue pendant que le juge ne faisait que résumer la thèse du ministère public, et non pas pendant qu'il donnait une directive juridique. La thèse relative au comportement postérieur à l'infraction qui a été erronément attribuée au ministère public n'était pas contraire à la loi ou inadmissible à un autre titre. Il était facile et équitable de tirer la conclusion selon laquelle l'accusé savait qu'il avait abattu le policier à partir de la preuve relative aux gestes qu'il a posés après avoir tiré. [27] [29]

La deuxième phrase, lue dans son contexte, ne peut raisonnablement être interprétée comme une suggestion faite au jury d'utiliser uniquement le comportement de l'accusé postérieur à l'infraction pour inférer l'existence de l'intention. Cette phrase se trouve à la fin du résumé par le juge des arguments du ministère public, et est immédiatement suivie de l'examen de la thèse de la défense. La structure de cette partie de l'exposé au jury laisse entendre : (1) que l'utilisation des mots « cette

just summarized for the jury and did not refer solely to the post-offence conduct; and, (2) the trial judge was not instructing the jury to use the evidence in the manner suggested by the Crown, but rather was concluding his review of the Crown's position before moving on to the defence submissions. In merely setting out the Crown's argument on how all the evidence presented by the Crown at trial might be used to resolve the central issue of intent, the trial judge did not commit an error, much less an error of law that could justify appellate intervention under s. 686(1)(a) of the *Code*. While this wrap-up sentence should really have been placed in a separate paragraph to distinguish it from the specific piece of evidence that the trial judge had mentioned in the preceding sentence, the confusion surrounding this passage might be explained in part by the potential for transcription difficulties at trial. The charge was delivered in English and translated sentence-by-sentence into Inuktitut. The transcription process is already reductionist in nature and in the case of a trial conducted in two languages, the natural breaks between topics may not be as clear as usual, given the constant interruptions required for translation. The paragraph structure of the charge as set out in the transcript should not be read as necessarily reflecting the actual structure of the charge as presented at trial, particularly given that the instructions were delivered orally and were translated sentence-by-sentence for the jury. An appellate court must certainly rely on transcripts as records of lower court hearings, but their usefulness does not imply that the court should not examine them critically when necessary. [31-34]

An ambiguity in the charge should not automatically be resolved in favour of the accused. While a restrictive interpretation may be warranted where an ambiguity cannot be resolved by means of the usual principles of interpretation, it is a principle of last resort that does not supersede a purposive and contextual approach to interpretation. Here, when read in the context of the entire charge, of the evidence and of the trial as a whole, the impugned statement has only one reasonable meaning. [37-38]

Lastly, even if there had been an error in the charge, this is a case in which the curative proviso would apply since no substantial wrong or miscarriage of justice would have occurred. [3] [43] [45]

preuve » par le juge du procès faisait référence à l'intégralité de la preuve du ministère public que le juge venait de résumer pour le jury et ne référerait pas qu'au comportement postérieur à l'infraction; et (2) que le juge du procès n'a pas donné la directive au jury d'utiliser la preuve de la manière suggérée par le ministère public, mais qu'il concluait son examen de la thèse du ministère public avant de passer aux observations de la défense. En ne faisant que résumer l'argument du ministère public sur l'utilisation possible de tous les éléments de preuve que le ministère public avait présentés au procès afin de résoudre la question centrale de l'intention criminelle, le juge du procès n'a pas commis d'erreur, encore moins une erreur de droit justifiant l'intervention d'une cour d'appel en application de l'al. 686(1)a) du *Code criminel*. Même si cette dernière phrase récapitulative aurait dû, en réalité, être placée dans un paragraphe distinct afin d'établir une distinction avec l'élément de preuve spécifique auquel le juge du procès avait fait référence dans la phrase précédente, la confusion qui entoure cet extrait est susceptible de s'expliquer en partie par les difficultés que peut poser la transcription lors d'un procès. Les directives ont été données au jury en anglais et traduites phrase par phrase en inuktitut. La transcription est déjà réductionniste par nature et dans le cas d'un procès qui se déroule dans deux langues, il est possible que les pauses naturelles entre les sujets traités ne soient pas aussi évidentes qu'à l'habitude compte tenu des interruptions constantes que nécessite la traduction. Il ne faut pas interpréter la structure des paragraphes de l'exposé au jury dans la transcription comme si elle reflétait nécessairement la structure réelle de l'exposé au procès, particulièrement lorsque l'exposé au jury a été fait de vive voix et traduit phrase par phrase pour le jury. Une cour d'appel se fonde nécessairement sur la transcription à titre d'enregistrement des audiences tenues devant les tribunaux d'instances inférieures, mais son utilité ne signifie pas que la cour n'a pas à l'examiner d'un œil critique, au besoin. [31-34]

Une ambiguïté que comporte un exposé ne devrait pas systématiquement être résolue en faveur de l'accusé. Même si l'interprétation restrictive peut être justifiée advenant une ambiguïté qui n'est pas susceptible d'être résolue par les principes d'interprétation habituels, ce principe ne s'applique qu'en dernier ressort et il ne prévaut pas sur une interprétation fondée sur l'objet et le contexte. En l'espèce, lorsqu'elle est interprétée dans le contexte global de l'exposé, de la preuve et de l'ensemble du procès, la déclaration contestée ne possède qu'un seul sens raisonnable. [37-38]

Finalement, même si l'exposé avait contenu une erreur, il s'agit en l'espèce d'une affaire où la disposition réparatrice s'appliquerait, car aucun tort important ni aucune erreur judiciaire n'en a résulté. [3] [43] [45]

Per Binnie and Fish JJ. (dissenting): The conviction should be set aside and a new trial ordered. The only real issue at trial was whether the accused had acted with the requisite intent for murder. The trial judge misdirected the jury in that regard by twice suggesting to the jurors that they could consider the accused's post-offence conduct in determining his intent at the moment of the shooting. These were not isolated or fleeting comments. The impugned references all occurred in the context of his review of evidence and of Crown submissions explicitly and directly related to the accused's intent when he caused the death of the police officer. These references formed an important part of his instruction to the jury on how they were to determine whether the accused had the requisite intent for murder. While the jury might well have understood that the trial judge was summarizing his entire discussion of the accused's intent or, at the very least, the Crown's theory on that issue, in either case, part of the evidence which the jury was invited to rely on included evidence of the accused's post-offence conduct. That is the problem. The trial judge clearly indicated to the jury that if they accepted the evidence he had reviewed for them, including the accused's post-offence conduct, they were free to conclude that the accused had the requisite intent for murder. This was an instruction in law, which the jury was bound to accept. It is of no moment that the trial judge's instruction rested on a misunderstanding of the Crown's position. What matters is that the jury was told by the trial judge that it could draw, in respect of the critical issue in the case, an inference prohibited by law. The judge's instruction was plainly erroneous in law but, even if it were merely "confusing", any uncertainty as to its meaning and effect would surely have to be resolved in the accused's favour and not in the Crown's favour. [47] [63] [75] [80] [82-83] [85] [90] [97] [103]

While transcripts do not always record fully or accurately everything that in fact was said, appellate courts must nonetheless rely on the record as they have it. Here, on the material, nothing suggests that the trial judge's erroneous instruction is a function of miscommunication arising from the bilingual proceedings at trial, or the misplacement of certain paragraphs in the transcript. [93] [95]

Les juges Binnie et Fish (dissidents) : Il y a lieu d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. La seule question réellement en litige était celle de savoir si l'accusé avait l'intention requise pour commettre un meurtre au moment où il a agi. Le juge du procès a donné au jury des directives erronées à cet égard en amenant à deux reprises les jurés à croire qu'ils pouvaient examiner le comportement de l'accusé postérieur à l'infraction pour juger de son intention au moment où le coup de feu a été tiré. Il ne s'agissait pas de commentaires isolés ou éphémères. Le juge du procès a fait toutes ses références contestées au comportement de l'accusé postérieur à l'infraction dans le cadre de son examen de la preuve et des arguments du ministère public se rapportant explicitement et directement à l'intention de l'accusé au moment où il a causé la mort de l'agent. Ces références constituaient une partie importante de la directive qu'il a donnée aux jurés sur la façon dont ils devaient déterminer si l'accusé avait l'intention requise pour commettre un meurtre. Le jury peut fort bien avoir compris que le juge résumait l'ensemble de ses observations sur l'intention de l'accusé ou, à tout le moins, la thèse du ministère public sur la question; il n'en demeure pas moins que, dans les deux cas, le jury a été invité à fonder sa décision notamment sur des éléments de preuve relatifs au comportement de l'accusé postérieur à l'infraction. Voilà le problème. Le juge du procès a clairement indiqué aux jurés que s'ils retenaient la preuve qu'il avait examinée pour eux, y compris le comportement de l'accusé postérieur à l'infraction, ils étaient libres de conclure que l'accusé avait l'intention requise pour le meurtre. Il s'agissait d'une directive en droit que le jury était tenu d'accepter. Il n'est pas pertinent que la directive du juge du procès ait été fondée sur une mauvaise compréhension de la position du ministère public. Ce qui importe, c'est que le juge du procès ait dit aux jurés qu'ils pouvaient — quant à une question décisive en l'espèce — tirer une inférence prohibée. La directive du juge était manifestement erronée en droit, et même si elle n'était que « confus[e] », toute incertitude quant au sens et à l'effet qu'il faut lui donner devrait assurément être résolue en faveur de l'accusé, pas en faveur du ministère public. [47] [63] [75] [80] [82-83] [85] [90] [97] [103]

Bien que les transcriptions ne témoignent pas toujours de façon complète ou fidèle de tout ce qui a été dit, les tribunaux d'appel doivent néanmoins se fonder sur le dossier qui leur a été soumis. En l'espèce, compte tenu des éléments du dossier, rien ne porte à croire que les directives erronées du juge du procès découlent des problèmes de communication dus au bilinguisme du procès ou du mauvais découpage de certains paragraphes dans la transcription. [93] [95]

The curative proviso is not applicable. Once a legal error is established, the burden is on the Crown to persuade the court that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred. The Crown has not discharged that burden. The trial judge's erroneous instructions, which concern the only real issue at trial, cannot be characterized as "harmless" or "having no impact on the verdict". Nor can the evidence pointing to the accused's guilt of murder, as opposed to manslaughter, be described as so overwhelming that any other verdict but a conviction for murder would be impossible. On this branch of the test, the accused's evidence that he never intended to shoot the police officer, the evidence of the Crown's own witness as to the potential effect of pepper spray on the accused's mental state, and the fact that the shooting occurred during a struggle where both the officer and the accused had both hands on the weapon must be borne in mind. [48] [100-101]

Cases Cited

By LeBel J.

Referred to: *R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *R. v. Mac*, 2002 SCC 24, [2002] 1 S.C.R. 856; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. Marinaro*, [1996] 1 S.C.R. 462; *R. v. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Pharr*, 2007 ONCA 551, 227 O.A.C. 112; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523.

By Fish J. (dissenting)

R. v. Khan, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Torbiak* (1974), 26 C.R.N.S. 108; *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39; *R. v. Bisson*, [1997] R.J.Q. 286, rev'd [1998] 1 S.C.R. 306; *R. v. Gallagher* (1922), 63 D.L.R. 629; *Bigaouette v. The King*, [1927] S.C.R. 112; *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19; *R. v. C.D.*, 2005 SCC 78, [2005] 3 S.C.R. 668; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 16, 231(4)(a), 235(1), 686(1)(a), (b)(iii).

La disposition réparatrice n'est pas applicable. Dès qu'une erreur de droit est établie, il incombe au ministère public de convaincre la cour qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. Le ministère public ne s'est pas acquitté de ce fardeau. Les directives erronées du juge du procès, qui portaient sur la seule question réellement en litige au procès, ne peuvent être considérées comme « inoffensives » ou comme « n'ayant aucune incidence sur le verdict ». La preuve qui tend à établir la culpabilité pour meurtre de l'accusé, plutôt que pour homicide involontaire coupable, ne peut pas non plus être considérée comme étant à ce point accablante qu'il serait impossible d'obtenir un verdict autre qu'une déclaration de culpabilité pour meurtre. En ce qui concerne ce volet de l'analyse, il faut tenir compte du témoignage de l'accusé selon lequel il n'a jamais eu l'intention d'abattre le policier, de la déposition du témoin du ministère public sur l'effet que peut avoir eu le gaz poivré sur l'état mental de l'accusé et du fait que le coup de feu a été tiré lors d'une bagarre durant laquelle l'agent et l'accusé avaient tous les deux les mains sur l'arme. [48] [100-101]

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Arrêts mentionnés : *R. c. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *R. c. Mac*, 2002 CSC 24, [2002] 1 R.C.S. 856; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. Marinaro*, [1996] 1 R.C.S. 462; *R. c. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Pharr*, 2007 ONCA 551, 227 O.A.C. 112; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523.

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. Khan, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Torbiak* (1974), 26 C.R.N.S. 108; *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39; *R. c. Bisson*, [1997] R.J.Q. 286, inf. par [1998] 1 R.C.S. 306; *R. c. Gallagher* (1922), 63 D.L.R. 629; *Bigaouette c. The King*, [1927] R.C.S. 112; *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19; *R. c. C.D.*, 2005 CSC 78, [2005] 3 R.C.S. 668; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 16, 231(4)(a), 235(1), 686(1)(a), (b)(iii).

Authors Cited

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*. Toronto: Thomson/Carswell, 2005.

APPEAL from a judgment of the Nunavut Court of Appeal (Martin, Watson and Johnson J.J.A.), 2008 NUCA 2, 432 A.R. 297, 424 W.A.C. 297, [2008] Nu.J. No. 16 (QL), 2008 CarswellNun 17, upholding the accused's conviction for first degree murder. Appeal dismissed, Binnie and Fish J.J. dissenting.

Marvin R. Bloos, Q.C., for the appellant.

Ron Reimer and Susanne Boucher, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell J.J. was delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] The appellant, Salomonie Goo Jaw, appeals from his conviction by the Nunavut Court of Justice for the first degree murder of a police officer. Constable Jurgen Seewald died from a gunshot wound he sustained while responding to a 911 call about a domestic dispute between the appellant and his common-law spouse. At trial, the appellant admitted to having shot the officer, but claimed he lacked the intent to kill.

[2] The majority of the Nunavut Court of Appeal upheld the murder conviction. Martin J.A., in dissent, found that the trial judge had made a reversible error in his charge to the jury in suggesting that the jury might directly infer an intention to kill the police officer from the appellant's post-offence conduct. The issue on this appeal is whether the trial judge's statement in the jury charge regarding the appellant's post-offence conduct was

Doctrine citée

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions*. Toronto : Thomson/Carswell, 2005.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nunavut (les juges Martin, Watson et Johnson), 2008 NUCA 2, 432 A.R. 297, 424 W.A.C. 297, [2008] Nu.J. No. 16 (QL), 2008 CarswellNun 17, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé pour meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté, les juges Binnie et Fish sont dissidents.

Marvin R. Bloos, c.r., pour l'appelant.

Ron Reimer et Susanne Boucher, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] M. Salomonie Goo Jaw, l'appelant, interjette appel de sa condamnation par la Cour de justice du Nunavut pour le meurtre au premier degré d'un policier. L'agent Jurgen Seewald est mort des suites d'une blessure par balle alors qu'il répondait à un appel au service 911 concernant une querelle opposant l'appelant et sa conjointe de fait. Au procès, l'appelant a admis avoir fait feu sur l'agent; il a toutefois soutenu qu'il n'avait pas l'intention de le tuer.

[2] Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Nunavut ont confirmé la condamnation pour meurtre. Dans ses motifs dissidents, le juge Martin a estimé que le juge du procès avait commis, dans son exposé au jury, une erreur justifiant d'infirmer sa décision en indiquant que les jurés pouvaient s'appuyer sur le comportement de l'accusé postérieur à l'infraction pour inférer directement de celui-ci l'existence de son intention de tuer le policier. Dans

wrong and whether the error warrants a new trial.

[3] In my opinion, the appeal should be dismissed and the conviction upheld. The trial judge's charge to the jury did not contain an error. Read in isolation, the impugned portion of the charge could be understood to suggest that the appellant's post-offence conduct might be used to infer that he intended to kill the officer. However, a charge to the jury must be read in its entire context. On the whole, the judge did not put this inference to the jury and the charge contained no identifiable error. Even if there had been an error in the charge, this is a case in which the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, would apply, since no substantial wrong or miscarriage of justice would have occurred.

II. Facts

[4] The trial testimony revealed that, in the hours before the shooting on March 5, 2001, the appellant had had an argument with his common-law partner, Barbara Ettinger. Ms. Ettinger had tried to end their relationship, asking him to move out of her apartment, but he refused to leave and instead made an attempt at reconciliation. Eventually they went to bed, at which point the appellant tried to become intimate and to remove Ms. Ettinger's clothing. She resisted, and called out to the neighbours through the bedroom wall to get them to call the police. The appellant brought her the phone himself so she could make the call.

[5] According to the transcript of her conversation with the RCMP dispatcher, Ms. Ettinger suggested that the argument could become "physical", and she told the dispatcher that the appellant had said he was prepared to put up a fight when the police arrived. Once the call had ended, the appellant removed a shotgun from the closet — he

le présent pourvoi, la Cour est appelée à déterminer si, d'une part, la déclaration du juge du procès — dans son exposé au jury — sur le comportement de l'appellant postérieur à l'infraction constitue une erreur, et si, d'autre part, cette erreur justifie la tenue d'un nouveau procès.

[3] À mon avis, le pourvoi devrait être rejeté et la déclaration de culpabilité maintenue. L'exposé du juge du procès au jury ne contenait pas d'erreur. Considéré isolément, l'extrait contesté de cet exposé pourrait laisser croire qu'il est possible d'utiliser le comportement de l'appellant postérieur à l'infraction pour inférer son intention de tuer le policier. Toutefois, l'exposé au jury doit être interprété dans son ensemble. Considéré ainsi, l'exposé en cause n'a pas donné une directive en ce sens au jury et ne contient aucune erreur identifiable. En outre, même si l'exposé avait contenu une erreur, il s'agit en l'espèce d'une affaire où la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, s'appliquerait, car aucun tort important ni aucune erreur judiciaire n'en a résulté.

II. Les faits

[4] Au procès, les témoignages entendus ont révélé que, le 5 mars 2001, au cours des heures ayant précédé le coup de feu, l'appellant s'est querellé avec sa conjointe de fait, M^{me} Barbara Ettinger. Celle-ci avait tenté de mettre fin à leur relation et avait demandé à l'appellant de quitter son appartement. Ce dernier a refusé, essayant plutôt de se réconcilier avec elle. Ils se sont finalement couchés et, aussitôt, l'appellant a tenté d'avoir une relation intime avec M^{me} Ettinger et de lui retirer ses vêtements. Elle a résisté et, à travers le mur de la chambre à coucher, a crié à ses voisins d'appeler la police. L'appellant lui a apporté le téléphone lui-même afin qu'elle puisse effectuer l'appel.

[5] Selon la transcription de la conversation intervenue entre elle et le répartiteur de la GRC, M^{me} Ettinger a laissé entendre que la situation pourrait dégénérer en confrontation physique et a dit que l'appellant avait déclaré être prêt à se battre dès l'arrivée de la police. Au terme de l'appel, l'appellant a sorti un fusil de chasse du placard et, déclarant

claimed that he felt this would make her stop arguing — and pumped it to show that it was loaded. This caused a live round to eject, which he placed back in the gun before returning it to the closet. The appellant then had a cigarette and coffee while waiting for the police to arrive. Ms. Ettinger testified that the appellant double-checked the gun in the closet when Cst. Seewald knocked on the door, and put it back when Ms. Ettinger admonished him to do so. The appellant denied having done this.

[6] When Cst. Seewald arrived, Ms. Ettinger answered the door and informed him that the appellant had a gun before letting him into the apartment. The officer assured her that everything would be fine and entered the apartment. Ms. Ettinger testified that no guns were visible in the apartment at that time. Once inside, the officer asked the appellant to sit down in the living room. According to the appellant, he refused to sit down and Cst. Seewald then pushed him into a chair, ripping his T-shirt in the process. Ms. Ettinger left the room to get him a new shirt. In her absence, the appellant claimed, he stood up from the chair and the officer started to pepper-spray him, causing intense pain and a burning sensation in his eyes. Ms. Ettinger did not hear or see anything while she was getting the shirt, but she testified that when she returned to the living room, the appellant was trying to shield his eyes from the pepper spray, exclaiming that it hurt.

[7] Ms. Ettinger then recalled seeing the appellant and Cst. Seewald struggling with each other in the living room and moving out onto the porch, where the struggle continued. She did not see either of them pick up the shotgun, but first noticed it when the two men were outside on the porch. She testified that they both had their hands on the weapon, and that Cst. Seewald had said something like “Give me the gun”, while pushing down on the barrel. Finally, she heard a shot and saw a bright flash. Constable Seewald exclaimed “I’m shot” and fell to the ground. A neighbour testified that she heard Ms. Ettinger cry out “No, don’t” before the

penser que ce geste la ferait taire, a actionné la pompe de l’arme pour montrer qu’elle était chargée. Cette manœuvre a provoqué l’éjection d’une cartouche non éclatée qu’il a replacée dans le fusil de chasse avant de remettre celui-ci dans le placard. L’appelant s’est alors allumé une cigarette et servi un café en attendant l’arrivée de la police. M^{me} Ettinger a témoigné que l’appelant était allé vérifier le fusil de chasse dans le placard lorsque le policier Seewald a frappé à la porte, et qu’il l’y avait replacé après qu’elle l’eut sommé de le faire. L’appelant a nié avoir agi de la sorte.

[6] À l’arrivée de l’agent Seewald, M^{me} Ettinger a répondu à la porte et, avant de le laisser entrer dans l’appartement, lui a dit que l’appelant avait un fusil de chasse. Le policier l’a assuré que tout irait bien et est entré dans l’appartement. D’après M^{me} Ettinger, aucun fusil de chasse n’était alors visible dans l’appartement. Une fois à l’intérieur, l’agent Seewald a demandé à l’appelant de s’asseoir au salon. Ce dernier a soutenu qu’il avait refusé d’obtempérer et que le policier l’avait poussé sur une chaise, déchirant du même coup sa chemise. M^{me} Ettinger a quitté la pièce pour aller lui chercher une nouvelle chemise. En son absence, l’appelant soutient qu’il s’est levé et que le policier a commencé à l’asperger de gaz poivré, lui occasionnant ainsi d’intenses douleurs et de l’irritation aux yeux. M^{me} Ettinger n’a rien vu ni entendu pendant qu’elle est allée chercher la chemise, mais a déclaré durant son témoignage que, lorsqu’elle est revenue au salon, l’appelant tentait de se protéger les yeux du jet de gaz poivré en criant qu’il avait mal.

[7] M^{me} Ettinger s’est ensuite rappelé qu’elle avait vu l’appelant et l’agent Seewald se battre dans le salon et se déplacer vers la galerie où la bagarre s’est poursuivie. Elle n’a vu ni l’un ni l’autre des deux hommes s’emparer du fusil de chasse. Elle ne l’a remarqué qu’au moment où les deux belligérants étaient sur la galerie. Selon son témoignage, les deux hommes avaient les mains sur l’arme et l’agent Seewald a dit quelque chose comme [TRADUCTION] « Donne-moi le fusil » tout en poussant vers le bas le canon du fusil. Finalement, elle a entendu un coup de feu et vu un éclair brillant. L’agent Seewald a dit [TRADUCTION] « je suis touché », et est tombé

shot was fired. Ms. Ettinger recalled screaming after the officer was shot, and described a look of disbelief on the appellant's face.

[8] At trial, to counter the appellant's claim that the shot was fired accidentally in a struggle over the gun, the Crown led expert evidence on the likely distance from which the shot was fired. According to Dr. Bannach, a forensic pathologist, the scalloped edges of the wound were consistent with a shot fired from a distance of at least three feet, while the existence of satellite wounds and the presence of plastic wads extended the likely distance to between four and eight feet. Mr. Voth, an RCMP forensic firearms expert, offered a similar estimate that the shot was fired at a distance of between two and five feet; his estimate was based on his analysis of gunshot residue on Cst. Seewald's parka and on a parka similar in make and style to the one worn by the officer on the night of the shooting. Mr. Voth also testified that the gun could not have discharged accidentally or as a result of being dropped or struck. Defence counsel objected to Mr. Voth's conclusions on the basis of how the parka had been transported from the scene of the shooting and of the order in which he had conducted the chemical tests, which, Mr. Voth admitted, may have had an impact on his ability to form a conclusive opinion of the results.

[9] The appellant claimed to have no memory of the events after he was pepper-sprayed until he found himself on the porch and heard Ms. Ettinger yelling. He testified that when he realized he had shot the officer, he reloaded the gun to kill himself. Ms. Ettinger intervened and stopped him from doing so. The appellant then walked out onto the sea ice with his gun, still contemplating suicide.

au sol. Une voisine a témoigné qu'elle avait entendu M^{me} Ettinger crier [TRADUCTION] « Non, ne fais pas ça », avant que le coup de feu soit tiré. M^{me} Ettinger s'est rappelé avoir crié après que le policier ait été abattu et a décrit l'expression d'incrédulité sur le visage de l'appellant.

[8] Au procès, afin de réfuter la thèse de l'appellant selon laquelle le coup de feu aurait été tiré accidentellement au cours de la bagarre pour le fusil, le ministère public a déposé une preuve d'expert relativement à la distance probable entre l'arme et la victime au moment où le coup de feu a été tiré. Selon le D^r Bannach, médecin légiste, les bordures cannelées de la blessure correspondaient à celles d'un coup de feu tiré d'une distance d'au moins trois pieds, tandis que la présence de blessures satellites et de bourre de matière plastique indiquait une distance probable de tir de quatre à huit pieds. M. Voth, expert en balistique de la GRC, a proposé une évaluation semblable selon laquelle le coup de feu avait été tiré d'une distance de deux à cinq pieds, conclusion qu'il a tirée au terme de son analyse des résidus de poudre trouvés sur le parka de l'agent Seewald et de ceux reproduits sur un parka de marque et de style semblables à celui porté par l'agent la nuit où le coup de feu a été tiré. M. Voth a aussi affirmé qu'on ne pouvait pas avoir déchargé le fusil accidentellement, ou encore en l'échappant ou en le frappant. Soulignons que l'avocate de la défense s'est opposée aux conclusions de M. Voth. Elle se fondait, d'une part, sur la façon dont le parka avait été transporté depuis le lieu du meurtre et, d'autre part, sur l'ordre précis dans lequel il avait effectué les tests chimiques, ce qui, de l'aveu même de M. Voth, a pu influencer sa capacité d'en venir à une opinion définitive à partir des résultats.

[9] L'appellant soutient n'avoir aucun souvenir des événements survenus après qu'il eut été aspergé de gaz poivré jusqu'à ce qu'il se retrouve sur la galerie et entende les hurlements de M^{me} Ettinger. Selon le témoignage de l'appellant, lorsqu'il a réalisé qu'il avait abattu le policier, il a rechargé le fusil de chasse pour se suicider. M^{me} Ettinger est intervenue pour l'en empêcher. L'appellant s'est alors rendu à pied sur la banquise avec son fusil, pensant toujours se suicider.

[10] Constable Seewald died from his wounds shortly after emergency workers arrived on the scene. Later that day, the appellant turned himself in to the police and was charged with first degree murder contrary to s. 235(1) of the *Criminal Code*.

III. Judicial History

A. *Nunavut Court of Justice (Vertes J.)*

[11] The appellant's jury trial was conducted in both Inuktitut and English. Every word was translated, generally on a sentence-by-sentence basis.

[12] The central issue at trial was whether the appellant had formed the intent to kill the officer, or whether the officer's death was caused accidentally. A finding of intent would result in a conviction for first degree murder pursuant to s. 231(4)(a) of the *Criminal Code*. A finding of accidental discharge could either lead to an acquittal if it were a "pure accident" — if, for example, the officer had grabbed the gun unlawfully and it went off accidentally while the appellant was trying to wrest it away — or result in a conviction for manslaughter if the jury concluded that the appellant was committing an unlawful act — for example, by pointing the gun or using it carelessly — at the time of the shooting.

[13] In her closing address to the jury, Crown counsel briefly mentioned the appellant's post-offence conduct. More specifically, she referred to the allegation that the appellant had intended to commit suicide even though he had not checked on the officer's condition and thus could not even have known whether Cst. Seewald had been killed. In this address, Crown counsel stated:

I'm going to now go to the suicide, quote "attempt". Did Salamonie [*sic*] really want to commit suicide when, by his own evidence, he didn't even know if the shot had hit [Cst. Seewald]? He didn't check him. He didn't see a wound. So, why would he feel it necessary to commit

[10] L'agent Seewald est mort des suites de ses blessures peu après l'arrivée des secouristes sur la scène. L'appellant s'est rendu lui-même à la police plus tard ce jour-là et a été accusé de meurtre au premier degré, infraction prévue au par. 235(1) du *Code criminel*.

III. L'historique judiciaire

A. *Cour de justice du Nunavut (le juge Vertes)*

[11] Le procès devant jury de l'appellant s'est déroulé en inuktitut et en anglais. Tous les mots ont été traduits, de façon générale, phrase par phrase.

[12] La question centrale soulevée au procès était celle de savoir si l'appellant avait formé l'intention de tuer le policier, ou si la mort de ce dernier était accidentelle. Conclure à l'existence de l'intention allait conduire à une déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré en application de l'al. 231(4)a) du *Code criminel*. Conclure à un coup de feu accidentel allait mener soit à un acquittement, si ce coup de feu était « purement accidentel » — comme dans le cas d'un tir qui aurait été déclenché accidentellement alors que l'appellant se débattait pour retirer le fusil des mains de l'agent qui l'aurait lui-même agrippé illégalement —, soit à une déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable, si le jury décidait que l'appellant commettait un acte illégal — par exemple, braquer le fusil ou en faire usage de façon négligente — au moment où le coup de feu a été tiré.

[13] Dans son exposé final au jury, l'avocate du ministère public a fait brièvement référence au comportement de l'appellant après l'infraction. Plus précisément, elle a traité de l'intention prétendue que l'appellant aurait eue de se suicider, en dépit du fait qu'il n'avait pas vérifié l'état du policier et qu'il ne pouvait pas savoir si l'agent Seewald avait été tué. L'avocate du ministère public s'est exprimée ainsi :

[TRADUCTION] J'aborderai maintenant la — entre guillemets — « tentative » de suicide. Salamonie [*sic*] a-t-il vraiment voulu se suicider compte tenu du fait que, selon son propre témoignage, il ne savait même pas si le coup de feu avait atteint [l'agent Seewald]? Il ne l'a pas

suicide? Was this a show for Barbara, and for you? [A.R., at p. 177]

[14] After saying this, Crown counsel pointed to other inconsistencies in the appellant's testimony concerning his actions after the shooting. For instance, when the gun was found on the sea ice, there were no bullets in the chamber, which suggested that the appellant had not really intended to kill himself. The appellant also claimed to have called out the names of the fallen officer and his children in despair when he was out on the sea ice, but he later admitted that he did not know their names. Crown counsel mentioned these inconsistencies to impugn the appellant's credibility, and ultimately to discredit the defence argument that the appellant could not recall the events leading up to the shooting due to the disorienting effects of the pepper spray. She stated:

Ladies and gentlemen, these are some of the highlights of the difficulties with the accused's testimony, and I've gone over just some of them, because now, we get to an important part, and that is:

When [the appellant] tells you he can't remember what happened, can you believe him? But more importantly, it doesn't matter if he doesn't remember. What matters is that he knew what he did at the time that he did it. [A.R., at p. 177]

[15] In his charge to the jury, Vertes J. twice drew the jury's attention to the appellant's conduct after the shooting. First, Vertes J. made the following general statement when instructing the jury on the question of intent:

To determine the accused's state of mind, what he meant to do, you should consider all of the evidence. You should consider what he did, how he did it, and what he said. You should look at the accused's words and actions before, at the time, and after the shooting of Constable Seewald. All these things may shed light on the accused's state of mind. They may help you decide what he intended to do. [Emphasis added; A.R., at p. 27.]

examiné. Il n'a pas vu de blessure. Alors pourquoi aurait-il senti la nécessité de se suicider? Était-ce un spectacle destiné à Barbara, et à vous? [d.a., p. 177]

[14] Après avoir tenu ces propos, l'avocate du ministère public a souligné d'autres incohérences dans le témoignage de l'appelant relativement à son comportement postérieur au coup de feu. Par exemple, lorsque le fusil a été retrouvé sur la banquise, il n'y avait pas de balle dans la chambre, ce qui donne à penser que l'appelant n'avait pas vraiment eu l'intention de s'enlever la vie. L'appelant a également soutenu qu'il avait crié les noms du policier et de ses enfants en désespoir de cause lorsqu'il était sur la banquise, mais, ultérieurement, il a admis ignorer leurs noms. L'avocate du ministère public a insisté sur ces incohérences pour mettre en doute la crédibilité de l'appelant, et pour ultimement discrediter la thèse de la défense selon laquelle l'appelant n'arrivait pas à se souvenir des événements qui ont conduit au meurtre en raison des effets désorientants du gaz poivré. Elle a affirmé à ce propos :

[TRADUCTION] Mesdames et messieurs, voilà quelques-uns des points essentiels des difficultés inhérentes au témoignage de l'accusé, et je n'en ai relaté que quelques-unes, car maintenant, nous arrivons à une partie importante, savoir :

Lorsque [l'appelant] vous dit qu'il ne peut se rappeler ce qui s'est produit, pouvez-vous le croire? Mais, fait plus important, peu importe qu'il ne se souvienne pas. Ce qui compte, c'est qu'il savait ce qu'il faisait au moment où il l'a fait. [d.a., p. 177]

[15] Dans son exposé au jury, le juge Vertes a attiré l'attention des jurés à deux reprises sur le comportement de l'appelant postérieur au coup de feu. D'abord, lorsqu'il a donné ses directives concernant la question de l'intention, le juge Vertes a fait le commentaire général suivant :

[TRADUCTION] Pour juger de l'état d'esprit de l'accusé, de ce qu'il voulait faire, vous devez examiner la preuve dans son ensemble. Vous devez examiner ce qu'il a fait, comment il l'a fait, et ce qu'il a dit. Vous devez tenir compte des paroles et des gestes de l'accusé avant, pendant et après le meurtre de l'agent Seewald. Tous ces éléments peuvent jeter un éclairage sur l'état d'esprit de l'accusé. Ils peuvent vous aider à déterminer ce qu'il avait l'intention de faire. [Je souligne; d.a., p. 27.]

[16] However, it was the judge's second reference to the appellant's post-offence conduct that raised concerns in the Court of Appeal. In summarizing the Crown's theory, Vertes J. stated:

Furthermore, I think it is fair to say that the Crown says you should conclude that the accused knew he shot Constable Seewald because he did not even bother to check Constable Seewald before deciding, as he said, to kill himself. So, if you accept this evidence, you may conclude that at the moment Constable Seewald was shot, the accused intended to kill Constable Seewald, or at least intended to cause bodily harm that he knew was likely to kill Constable Seewald, and he was reckless about whether the constable died or not. [A.R., at p. 31]

[17] The appellant was ultimately convicted of first degree murder for the shooting death of Cst. Seewald. He was sentenced to life in prison with no possibility of parole for 25 years.

B. *Nunavut Court of Appeal* (2008 NUCA 2, 432 A.R. 297)

[18] The majority and the dissenting judge unanimously rejected the appellant's first five grounds of appeal, disagreeing only on the trial judge's reference to post-offence conduct in his charge to the jury. The question before the court was whether the jury would have been misled into thinking they could infer that the appellant had the requisite intent for first degree murder from the fact that he had thought about committing suicide without first checking on the officer's condition.

(1) Majority (Watson and Johnson JJ.A.)

[19] The majority of the Nunavut Court of Appeal dismissed the appeal, holding that the trial judge's reference to post-offence conduct in his charge was unfortunate but did not amount to an error of law. Watson J.A., writing for the majority, conceded that there was some merit to the appellant's argument

[16] Toutefois, c'est la deuxième référence du juge au comportement de l'appelant postérieur à l'infraction qui a soulevé des préoccupations en Cour d'appel. Le juge Vertes a résumé la thèse du ministère public dans ces termes :

[TRADUCTION] De plus, j'estime qu'il est juste de dire que le ministère public vous suggère de conclure que l'accusé savait qu'il avait abattu l'agent Seewald parce qu'il n'a même pas pris le soin de l'examiner avant de décider, comme il a dit, de s'enlever la vie. Ainsi, si vous reprenez cette preuve, vous pouvez conclure que l'accusé avait l'intention de tuer l'agent Seewald au moment où celui-ci a été abattu, ou que l'accusé avait à tout le moins l'intention de causer des lésions corporelles en sachant qu'elles seraient de nature à causer la mort de l'agent Seewald, et qu'il ne s'est pas soucié de savoir si la mort du policier s'ensuivrait ou non. [d.a., p. 31]

[17] L'appelant a finalement été déclaré coupable de meurtre au premier degré pour avoir tué par balle l'agent Seewald. Il a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 25 ans.

B. *Cour d'appel du Nunavut* (2008 NUCA 2, 432 A.R. 297)

[18] Les juges majoritaires ainsi que le juge dissident ont rejeté à l'unanimité les cinq premiers moyens d'appel soulevés par l'appelant. Ils n'ont divergé d'opinion que sur la question de la référence du juge du procès dans son exposé au jury au comportement postérieur à l'infraction. La cour devait déterminer si les jurés avaient été amenés à croire, à tort, qu'ils pouvaient inférer que l'appelant avait l'intention requise pour commettre un meurtre au premier degré à partir du fait qu'il avait pensé à se suicider sans avoir vérifié au préalable l'état du policier.

(1) Les juges majoritaires (les juges Watson et Johnson)

[19] Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Nunavut ont rejeté l'appel. Selon eux, la référence du juge du procès au comportement postérieur à l'infraction dans son exposé au jury était regrettable, mais elle ne constituait pas une erreur de droit. Toutefois, le juge Watson, s'exprimant pour les

that his actions after the shooting were not relevant to the question of intent, since the appellant could reasonably have been expected to know the consequences of a short-range shooting regardless of his intent or knowledge at the time of the shooting. On this point, Watson J.A. wrote that “[r]ealization of the lethality of the shooting after it occurred does not itself prove intent beforehand” (para. 104). The majority also conceded that the trial judge had mischaracterized the Crown’s argument concerning the appellant’s threat to commit suicide. Vertes J. had presented the appellant’s post-offence conduct as an indication that he knew he had shot the officer, thus drawing the common sense inference, whereas the Crown had actually relied on the suicide threat to impugn the appellant’s sincerity and credibility.

[20] Despite these errors, Watson J.A. was not persuaded that the charge was fundamentally wrong or prejudicial, since the trial judge had not actually instructed the jury that the appellant’s post-offence conduct directly proved intent. In any event, Watson J.A. held that it was open to the jury to consider the appellant’s level of awareness following the shooting in light of the appellant’s claim that he was disoriented from the pepper spray and had no memory of the events leading up to the fatal shot. The majority did not refer explicitly to the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, but appears to have relied on it in holding that no “substantial wrong or miscarriage of justice occurred” (para. 109).

(2) Dissent (Martin J.A.)

[21] Martin J.A., in dissent, found that the trial judge’s instruction on post-offence conduct amounted to an error of law that warranted a new trial. He agreed with the majority that the trial judge had misconstrued the Crown’s submission

judges majoritaires, a reconnu un certain fondement à la thèse de l’appelant selon laquelle son comportement postérieurement au coup de feu n’était pas pertinent quant à la question de l’intention, puisqu’il était raisonnablement possible de s’attendre à ce que l’appelant connaisse les conséquences d’un coup de feu tiré à courte distance, peu importe son intention ou sa conscience au moment du tir. À ce sujet, le juge Watson a écrit que [TRADUCTION] « [la] conscience de la létalité du tir après le fait ne prouve pas en soi l’existence de l’intention préalable » (par. 104). Les juges majoritaires ont également admis que le juge du procès avait mal qualifié la thèse du ministère public concernant la menace de suicide de l’appelant. Selon le juge Vertes, le comportement de l’accusé postérieur à l’infraction révélait qu’il savait avoir abattu le policier, rappelant ainsi la déduction conforme au bon sens. Or, en fait, le ministère public avait invoqué la menace de suicide pour mettre en doute la sincérité et la crédibilité de l’appelant.

[20] Malgré ces erreurs, le juge Watson n’était pas convaincu que l’exposé était fondamentalement erroné ou préjudiciable puisque le juge du procès n’avait pas vraiment dit au jury que le comportement de l’appelant postérieur à l’infraction prouvait directement l’intention. Quoi qu’il en soit, le juge Watson a statué que le jury pouvait prendre en compte le niveau de conscience de l’appelant postérieur au coup de feu à la lumière de sa prétention selon laquelle, d’une part, le gaz poivré l’avait désorienté et, d’autre part, il n’avait aucun souvenir des événements ayant conduit au coup de feu fatal. Les juges majoritaires n’ont pas explicitement renvoyé à la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, mais ils paraissent s’être appuyés sur elle pour conclure qu’aucun [TRADUCTION] « tort important ou erreur judiciaire grave [ne] s’est produit » (par. 109).

(2) La dissidence (le juge Martin)

[21] Dans ses motifs dissidents, le juge Martin a conclu que les directives du juge du procès sur le comportement postérieur à l’infraction constituaient une erreur de droit justifiant la tenue d’un nouveau procès. Comme ses collègues majoritaires, le juge

on post-offence conduct. Unlike the majority, however, Martin J.A. held that the jury may have been misled into thinking that the judge was not merely summarizing the Crown's submissions, but was actually instructing them that the appellant's post-offence conduct could be used to determine his intent at the time of the shooting.

[22] According to Martin J.A., the evidence could not support this inference. The sole issue at trial was whether the shooting was accidental or intentional. While post-offence conduct might be relevant to the question of whether the appellant had acted unlawfully, Martin J.A. held that it had no bearing on the question of intent. The appellant's intention to commit suicide without even checking the officer's condition was consistent with both an accidental and an intentional shooting. Furthermore, the error could not be cured by s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The error related to a critical issue at trial, and the evidence was not so overwhelming that the verdict would necessarily have been the same had the error not been made. Martin J.A. would have allowed the appeal.

IV. Analysis

A. *Issues*

[23] Two issues are raised in this appeal:

1. Did the trial judge's reference to post-offence conduct in his charge to the jury constitute an error that justifies appellate intervention under s. 686(1)(a) of the *Criminal Code*?
2. If the trial judge did err in his charge to the jury, should the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* be applied to dismiss the appeal?

Martin a estimé que le juge du procès avait mal interprété la prétention du ministère public sur le comportement postérieur à l'infraction. Toutefois, contrairement aux juges majoritaires, il a conclu que le jury pouvait avoir été amené erronément à croire que le juge ne résumait pas simplement la thèse du ministère public, mais qu'il formulait en fait une directive selon laquelle le comportement de l'appellant postérieur à l'infraction pouvait être utilisé pour juger de son intention au moment où le coup de feu a été tiré.

[22] Selon le juge Martin, cette inférence ne pouvait s'appuyer sur la preuve. La seule question soulevée au procès était celle de savoir si le coup de feu était accidentel ou intentionnel. Bien que le comportement postérieur à l'infraction ait pu s'avérer pertinent pour trancher la question de savoir si l'appellant avait agi illégalement, le juge Martin a estimé qu'il n'avait aucune incidence sur la question de l'intention. La volonté de l'appellant de se suicider, sans même vérifier l'état du policier, se conciliait tout autant avec la thèse du caractère accidentel de coup de feu qu'avec celle de son caractère intentionnel. De plus, le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne permettait pas de remédier à l'erreur du juge du procès. En effet, cette erreur portait sur une question déterminante du procès et la preuve n'était pas à ce point accablante que le verdict aurait forcément été le même en l'absence d'erreur dans l'exposé. Le juge Martin aurait accueilli l'appel.

IV. L'analyse

A. *Les questions en litige*

[23] Le présent pourvoi soulève deux questions :

1. La référence du juge du procès au comportement postérieur à l'infraction dans son exposé au jury constitue-t-elle une erreur donnant ouverture à une intervention en appel en vertu de l'al. 686(1)(a) du *Code criminel*?
2. Si le juge du procès a commis une erreur dans son exposé au jury, y a-t-il lieu de rejeter le pourvoi en vertu de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*?

B. *Instruction on Post-Offence Conduct*

[24] The appellant argues that the trial judge erred by instructing the jury to infer from evidence of the appellant's post-offence conduct that he intended to shoot the deceased. I cannot agree with the appellant's submission. The charge to the jury must be read as a whole, with attention paid to the fact that the trial was conducted in both Inuktitut and English. As I will explain in these reasons, the placement of the impugned reference in the charge indicates that the jury would not have interpreted the judge's reference to post-offence conduct as an instruction to infer intent merely from the appellant's actions following the shooting.

[25] The appellant points to two portions of the charge in which the trial judge referred to the post-offence conduct, and seeks to impugn them both. I will be focussing on one of these portions. All three judges of the Court of Appeal agreed that the trial judge's first reference to the post-offence conduct was not problematic, and I dispose of this submission on the same basis. The statement that jurors might consider "the accused's words and actions before, at the time, and after the shooting" (A.R., at p. 27) in attempting to ascertain the appellant's state of mind is simply a general guideline that encourages jurors to consider the actions of an accused person in their totality. Indeed, this very statement forms part of a model jury instruction on the offence of first degree murder of a police officer (D. Watt, *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions* (2005), at p. 450). There is no basis for this Court to interfere with it.

[26] The second impugned portion of the charge is reproduced here for ease of reference, but in its wider context:

B. *La directive concernant le comportement postérieur à l'infraction*

[24] L'appelant soutient que le juge du procès a commis une erreur en donnant au jury une directive qui lui permettait de déduire du comportement de l'appelant postérieur à l'infraction son intention d'abattre le défunt. Je ne peux souscrire à cette thèse. L'exposé au jury doit être considéré dans son ensemble, en tenant compte du fait que le procès s'est déroulé en inuktitut et en anglais. Comme je l'expliquerai dans les présents motifs, compte tenu de la place du passage contesté dans l'exposé, le jury n'aurait pas interprété la référence (faite par le juge du procès) au comportement postérieur à l'infraction comme une recommandation d'inférer l'intention sur la seule base du comportement de l'appelant après le meurtre.

[25] L'appelant souligne à ce propos deux passages de l'exposé au jury dans lesquels le juge du procès a fait référence au comportement postérieur à l'infraction, et veut les contester tous deux. Les présents motifs portent principalement sur un de ces passages. Les trois juges de la Cour d'appel ont convenu que la première référence par le juge du procès au comportement postérieur à l'infraction ne posait pas problème, et je rejette le moyen proposé à son sujet pour les mêmes motifs. La proposition selon laquelle les jurés pourraient tenir compte [TRADUCTION] « des paroles et des gestes de l'accusé avant, pendant et après le meurtre » (d.a., p. 27) afin de déterminer son état d'esprit ne constitue qu'une ligne directrice générale qui incite les jurés à tenir compte de tous les gestes d'un accusé. En fait, cette déclaration est tirée d'un modèle de directives au jury relativement à l'infraction de meurtre au premier degré d'un policier (D. Watt, *Watt's Manual of Criminal Jury Instructions* (2005), p. 450). Rien ne permet de penser qu'elle justifierait l'intervention de la Cour.

[26] Pour plus de commodité, je reproduis maintenant, dans son contexte élargi, le deuxième extrait contesté de l'exposé au jury :

So, it seems to me, ladies and gentlemen, that the Crown's theory as to why you should find the accused guilty of first-degree murder is this:

The accused was not willing to leave the apartment on his own. He went to check his guns to intimidate Barbara [Ms. Ettinger], but also to make sure that they were ready. During the scuffle, the police officer was trying to get the accused out of the apartment, and along the way, the accused managed to get the shotgun out of the closet.

During the struggle on the porch, the officer tried to take the shotgun away from the accused, and at one point, they separated, and the accused shot the police officer by pulling the trigger. Crown counsel reminded you of the neighbour's evidence, Pauletta, who said she heard Barbara scream, "No, don't," when she heard the shot.

Crown counsel also submitted that if the accused did not load the shotgun at the closet when he first checked it, he must have loaded it on the porch before the shot. The act of loading requires several deliberate steps; holding the release button and pumping the magazine. So, Crown counsel said the accused must have known to [*sic*] the shotgun was loaded. This, says Crown counsel, shows the accused's intent, his state of mind, and shows that what happened was not an accident.

Furthermore, I think it is fair to say that the Crown says you should conclude that the accused knew he shot Constable Seewald because he did not even bother to check Constable Seewald before deciding, as he said, to kill himself. So, if you accept this evidence, you may conclude that at the moment Constable Seewald was shot, the accused intended to kill Constable Seewald, or at least intended to cause bodily harm that he knew was likely to kill Constable Seewald, and he was reckless about whether the constable died or not.

The defence, of course, says that you should at least have a reasonable doubt about the accused's intention. [Emphasis added; A.R., at pp. 30-31.]

[27] In the first sentence of the passage underlined above, Vertes J. indicated that the Crown had used the circumstances of the appellant's threat to commit suicide to suggest that he *knew* he had

[TRADUCTION] Donc, il me semble, mesdames et messieurs, que la thèse du ministère public au sujet des raisons pour lesquelles vous devriez déclarer l'accusé coupable de meurtre au premier degré est la suivante :

L'accusé refusait de quitter l'appartement par lui-même. Il est allé vérifier ses fusils pour intimider Barbara [M^{me} Ettinger], mais également pour s'assurer qu'ils étaient prêts à faire feu. Pendant l'échauffourée, le policier tentait de faire sortir l'accusé de l'appartement et, au passage, l'accusé a réussi à prendre le fusil de chasse dans le placard.

Au cours de la bagarre sur la galerie, le policier a essayé de prendre le fusil de chasse des mains de l'accusé et, à un certain moment, ils se sont séparés. L'accusé a ensuite abattu le policier en appuyant sur la détente. L'avocate du ministère public vous a rappelé le témoignage de la voisine, Pauletta, qui a affirmé avoir entendu Barbara crier [TRADUCTION] « Non, ne fais pas ça », lorsqu'elle a entendu le coup de feu.

L'avocate du ministère public a également fait valoir que si l'accusé n'a pas chargé le fusil près du placard lorsqu'il l'a d'abord vérifié, il doit l'avoir chargé sur la galerie avant d'avoir tiré le coup de feu. L'acte de charger nécessite plusieurs étapes délibérées; il faut appuyer sur le bouton de déverrouillage du chargeur et actionner la poignée d'armement. L'avocate du ministère public a dit que l'accusé devait donc savoir que le fusil de chasse était chargé. Selon l'avocate du ministère public, cela démontre l'intention de l'accusé, son état d'esprit, et cela prouve que ce qui est arrivé n'était pas un accident.

De plus, j'estime qu'il est juste de dire que le ministère public vous suggère de conclure que l'accusé savait qu'il avait abattu l'agent Seewald parce qu'il n'a même pas pris le soin de l'examiner avant de décider, comme il a dit, de s'enlever la vie. Ainsi, si vous retenez cette preuve, vous pouvez conclure que l'accusé avait l'intention de tuer l'agent Seewald au moment où celui-ci a été abattu, ou que l'accusé avait à tout le moins l'intention de causer des lésions corporelles en sachant qu'elles seraient de nature à causer la mort de l'agent Seewald, et qu'il ne s'est pas soucié de savoir si la mort du policier s'ensuivrait ou non.

La défense, bien entendu, dit que vous devriez avoir au moins un doute raisonnable au sujet de l'intention de l'accusé. [Je souligne; d.a., p. 30-31.]

[27] Dans la première phrase de l'extrait souligné qui précède, le juge Vertes a indiqué que le ministère public s'était appuyé sur les circonstances entourant la menace de suicide de l'appellant pour

killed the officer. This misconstrues somewhat the Crown's actual reason for pointing to the appellant's post-offence conduct, which was to impugn the appellant's credibility and to suggest that he was fully aware of his actions at the time of the shooting. In this sense, it could be said to constitute an error in the charge.

[28] However, not every error in proceedings will warrant appellate review. Section 686(1)(a) of the *Criminal Code* sets out three grounds upon which an appellate court might allow an appeal against a conviction:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

[29] An error in proceedings that does not lead to an unreasonable verdict, a wrong decision on a question of law or a miscarriage of justice is indeed an error, but one without legal effect. The error in the instant case is a perfect example of this. The argument that the trial judge had attributed to the Crown is not contentious; the appellant did not dispute that he knew he had shot Cst. Seewald. Indeed, it was the very knowledge that he had killed the officer that supposedly caused him to threaten suicide in the first place. As a result, Vertes J.'s misstatement of the Crown's submission on post-offence conduct did not put anything to the jury that they would not already have presumed. It cannot reasonably be argued that an undisputed, uncontroversial

suggérer qu'il *savait* qu'il avait tué l'agent de police. Dans une certaine mesure, il a mal interprété la véritable raison pour laquelle le ministère public a attiré l'attention sur le comportement de l'appelant postérieur à l'infraction, soit pour mettre en doute la crédibilité de ce dernier et pour suggérer qu'il était pleinement conscient de ses actes au moment où il a tiré. En ce sens, cela pouvait être considéré comme une erreur dans l'exposé.

[28] Ce ne sont toutefois pas toutes les erreurs en cours d'instance qui justifient un examen en appel. L'alinéa 686(1)a) du *Code criminel* prévoit trois motifs sur lesquels une cour d'appel peut s'appuyer pour accueillir l'appel interjeté à l'encontre d'une déclaration de culpabilité :

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel :

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

[29] L'erreur en cours d'instance qui ne conduit pas à un verdict déraisonnable, à une décision erronée sur une question de droit ou à une erreur judiciaire constitue certes une erreur, mais une erreur sans conséquence juridique. C'est précisément de ce type d'erreur dont il est question en l'espèce. L'argument que le juge a attribué au ministère public n'est pas litigieux; l'appelant n'a pas contesté qu'il savait avoir abattu le policier Seewald. En effet, c'est justement, et avant tout, parce qu'il savait avoir tué le policier que l'appelant a menacé de se suicider. Ainsi, la déclaration erronée du juge Vertes au sujet de l'argument du ministère public sur le comportement postérieur à l'infraction n'a rien appris aux jurés qu'ils

statement such as this one could lead to an unreasonable verdict under s. 686(1)(a)(i) or a miscarriage of justice under s. 686(1)(a)(iii). There is no suggestion here that the verdict was not reasonably supported by the evidence or that the jury was swayed by this misstatement in a way that could have resulted in an unfair trial: *R. v. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514 (C.A.), at pp. 540-41. Nor can it be said that the trial judge erred on a question of law as contemplated in s. 686(1)(a)(ii), since the error occurred while the trial judge was simply summarizing the Crown's position, not while he was giving an instruction on a point of law. The theory on post-offence conduct mistakenly attributed to the Crown was not contrary to law or otherwise impermissible. The conclusion that the appellant knew he had shot the officer could easily, and fairly, be drawn from the evidence of his actions after the shooting. Since this error does not engage any of the three branches of s. 686(1)(a), it is of no consequence to this appeal.

[30] The second part of the impugned paragraph might raise more serious concerns at first glance. Because the words "this evidence" were uttered immediately after the reference to the appellant's post-offence conduct, they would appear to refer solely to the post-offence conduct. On this basis, Vertes J. might seem to be saying that the jury could infer the requisite intent for murder from the fact that the appellant had threatened to commit suicide without first checking on the officer's condition. If this were a plausible interpretation of the passage, it might be reasonable to suggest that the trial judge erred in telling the jury they could make such an inference, and that this error falls under the third, and possibly the second, branch of s. 686(1)(a).

n'auraient déjà été en mesure de présumer. On ne saurait raisonnablement prétendre qu'une déclaration qui n'est pas contestée et qui ne prête pas à controverse, comme celle en cause en l'espèce, puisse conduire à un verdict déraisonnable visé par le sous-al. 686(1)(a)(i) ou à une erreur judiciaire visée par le sous-al. 686(1)(a)(iii). Dans ce dossier, personne ne plaide que le verdict ne peut raisonnablement s'appuyer sur la preuve, ou que le jury a été influencé par cette déclaration erronée au point où cela aurait compromis l'équité du procès : *R. c. Morrissey* (1995), 22 O.R. (3d) 514 (C.A.), p. 540-541. On ne saurait prétendre non plus que le juge du procès a commis une erreur sur une question de droit du type de celle visée par le sous-al. 686(1)(a)(ii), puisque l'erreur est survenue pendant que le juge ne faisait que résumer la thèse du ministère public, et non pas pendant qu'il donnait une directive juridique. La thèse relative au comportement postérieur à l'infraction qui a été erronément attribuée au ministère public n'était pas contraire à la loi ou inadmissible à un autre titre. Il était facile et équitable de tirer la conclusion selon laquelle l'accusé savait qu'il avait abattu le policier à partir de la preuve relative aux gestes de l'accusé après qu'il a tiré. Puisque cette erreur ne tombe sous aucun des trois volets de l'al. 686(1)(a), elle n'a aucune incidence sur le présent pourvoi.

[30] Toutefois, à première vue, la deuxième partie de l'extrait contesté pourrait soulever des préoccupations plus graves. Étant placés immédiatement après la référence au comportement de l'accusé postérieur à l'infraction, les mots « cette preuve » ne semblent faire référence qu'à ce comportement. Si on interprète le passage de cette façon, le juge Vertes pourrait sembler affirmer que les jurés pouvaient s'appuyer sur le fait que l'accusé a menacé de se suicider sans avoir vérifié l'état du policier pour inférer l'intention requise pour commettre un meurtre. Si cette interprétation de l'extrait en cause était plausible, on pourrait raisonnablement suggérer que le juge du procès a commis une erreur en permettant au jury de tirer cette conclusion et que cette erreur donne ouverture à l'application du troisième volet de l'al. 686(1)(a) susmentionné, voire du deuxième volet de la même disposition.

[31] However, I do not believe that this is the correct interpretation of the passage. Vertes J. was not suggesting that the appellant's actions after the shooting constituted the sole basis upon which the jury could infer intent. Rather, the words "this evidence" referred to the entirety of the Crown's evidence that the judge had just summarized for the jury.

[32] The grouping of the sentences in a single paragraph is misleading. An appellate court must examine the alleged error in the context of the entire charge and of the trial as a whole. When the passage is read in context, the second sentence cannot reasonably be understood to suggest that the jury could infer intent from the appellant's post-offence conduct alone.

[33] As is clear from the passage set out above, the impugned statement was made at the end of the judge's summary of the Crown's submissions and was immediately followed by a review of the defence theory. The structure of this portion of the charge suggests two things: first, that the second sentence in the impugned passage referred to the entirety of the Crown's evidence and not merely to the final piece of evidence, which the trial judge had newly summarized. This wrap-up sentence should really have been placed in a separate paragraph to distinguish it from the specific piece of evidence that Vertes J. had mentioned in the preceding sentence. Second, it suggests that Vertes J. was not *instructing* the jury to use the evidence in the manner suggested by the Crown, but was *concluding* his review of the Crown's position before moving on to the defence submissions. Simply put, the trial judge was merely setting out the Crown's argument on how *all* the evidence presented by the Crown at trial might be used: to resolve the central issue of intent. I cannot accept that in so doing, he committed any error at all, much less an error of law that could justify appellate

[31] Toutefois, je ne crois pas qu'il convienne d'interpréter ainsi cet extrait. Le juge Vertes ne laissait pas entendre que le jury pouvait se fonder uniquement sur le comportement de l'appellant postérieur au coup de feu pour inférer une intention. En fait, les mots « cette preuve » faisaient référence à l'intégralité de la preuve du ministère public que le juge venait de résumer pour le jury.

[32] Tout d'abord, le regroupement des phrases en un seul paragraphe prête à confusion. Une cour d'appel doit examiner l'erreur alléguée dans le contexte de l'ensemble de l'exposé au jury et du déroulement général du procès. Lorsque l'extrait est lu dans son contexte, la deuxième phrase ne peut raisonnablement être interprétée comme une suggestion faite au jury d'utiliser uniquement le comportement de l'appellant postérieur à l'infraction pour inférer l'existence de l'intention.

[33] Tel qu'il ressort clairement de l'extrait susmentionné, la déclaration contestée se trouve à la fin du résumé par le juge des arguments du ministère public, et est immédiatement suivie de l'examen de la thèse de la défense. La structure de cette partie de l'exposé au jury laisse entendre deux choses. Premièrement, elle suggère que la deuxième phrase de l'extrait contesté renvoyait à l'intégralité de la preuve du ministère public — et non simplement au dernier élément de preuve — que le juge du procès venait de résumer. Par conséquent, il aurait vraiment fallu placer cette dernière phrase récapitulative dans un paragraphe distinct afin d'établir une distinction avec l'élément de preuve spécifique auquel le juge Vertes avait fait référence dans la phrase précédente. Deuxièmement, cette structure laisse entendre que le juge Vertes n'a pas *donné la directive* au jury d'utiliser la preuve de la manière suggérée par le ministère public, mais qu'il *concluait* son examen de la thèse du ministère public avant de passer aux observations de la défense. Autrement dit, le juge du procès ne faisait que résumer l'argument du ministère public sur l'utilisation possible de *tous* les éléments de preuve que le ministère public

intervention under s. 686(1)(a) of the *Criminal Code*.

[34] The confusion surrounding this passage might be explained in part by the potential for transcription difficulties at trial. As I mentioned above, the charge was delivered in English and translated sentence-by-sentence into Inuktitut. Indeed, the Crown has pointed out that even individual sentences were at times broken down to facilitate the translation. The transcription process is already reductionist in nature: the regular inflections in one's voice, one's emphasis on certain words and the natural flow of an idea or thought are not always captured by a written record. In the case of a trial conducted in two languages, the natural breaks between topics may not be as clear as usual, given the constant interruptions required for translation. The court reporter thus faced the difficult task of ensuring that the written record was true to the proceedings. The paragraph structure of the charge as set out in the transcript should not be read as necessarily reflecting the actual structure of the charge as presented at trial, particularly given that the instructions were delivered orally and were translated sentence-by-sentence for the jury. While an appellate court must certainly rely on transcripts as records of lower court hearings, their usefulness does not imply that the court should not examine them critically when necessary. A transcript is not an authoritative legal text.

[35] Indeed, counsel who represented the appellant at trial did not seem to have understood the charge as an instruction to the jury to use the appellant's knowledge that he had shot the officer without checking on his condition as a basis for inferring intent. She raised several objections to the charge, but the trial judge's reference to post-offence

avait présentés au procès afin de résoudre la question centrale de l'intention criminelle. Je ne puis souscrire à la conclusion que, ce faisant, il a commis une erreur, encore moins une erreur de droit justifiant l'intervention d'une cour d'appel en application de l'al. 686(1)a) du *Code criminel*.

[34] La confusion qui entoure cet extrait est susceptible de s'expliquer en partie par les difficultés que peut poser la transcription lors d'un procès. Comme je l'ai déjà mentionné, les directives ont été données au jury en anglais et traduites phrase par phrase en inuktitut. D'ailleurs, le ministère public a souligné que certaines phrases isolées avaient même parfois été fractionnées afin d'en faciliter la traduction. La transcription est déjà réductionniste par nature : les intonations ordinaires dans la voix, l'accent que quelqu'un met sur certains mots et l'enchaînement naturel des idées ou des pensées ne sont pas toujours restitués dans un compte rendu écrit. Dans le cas d'un procès qui se déroule dans deux langues, il est possible que les pauses naturelles entre les sujets traités ne soient pas aussi évidentes qu'à l'habitude compte tenu des interruptions constantes que nécessite la traduction. Le sténographe judiciaire était donc aux prises avec la tâche ardue de s'assurer que le compte rendu écrit était parfaitement fidèle à la nature des procédures. Il ne faut pas interpréter la structure des paragraphes de l'exposé au jury dans la transcription comme si elle reflétait nécessairement la structure réelle de l'exposé au procès, particulièrement lorsque l'exposé au jury a été fait de vive voix et traduit phrase par phrase pour le jury. Bien qu'une cour d'appel se fonde nécessairement sur la transcription à titre d'enregistrement des audiences tenues devant les tribunaux d'instances inférieures, son utilité ne signifie pas que la cour n'a pas à l'examiner d'un œil critique, au besoin. Une transcription ne constitue pas un texte juridique faisant autorité.

[35] De fait, l'avocate de l'appelant au procès ne semble pas avoir interprété l'exposé comme une directive donnée au jury d'utiliser la connaissance qu'avait l'appelant du fait qu'il avait abattu le policier sans avoir vérifié l'état de ce dernier comme un moyen d'inférer une intention. En appel, elle a contesté plusieurs extraits de l'exposé au jury, mais

conduct was not among them. Her failure to object on this point cannot be explained by a possibility that she overlooked this part of the charge, since she referred to this very passage in her post-charge submissions to the trial judge. Citing the passage impugned in this appeal, defence counsel objected on the basis that the trial judge had referred to the Crown's theory as evidence:

Now, the Crown -- or the court then went on to review the theory of the Crown in considerable detail, and my note indicates that at the conclusion of that, the court stated:

"If you accept this evidence, you should [*sic*] conclude that the accused intended to cause death or bodily harm."

Of course, the Crown theory is not evidence. It is only the Crown theory, and the implication again being left to the jury, following as it does on the heels of [Crown counsel's] comments yesterday that the Crown is founded incontrovertibly in the evidence. [A.R., at p. 41]

[36] Even though defence counsel mistakenly thought Vertes J. had said "should" rather than the more permissive word "may", she did not see any problem in this passage as regards the judge's reference to post-offence conduct. If defence counsel, who would be expected to have the best interests of her client in mind, did not interpret the charge as being prejudicial to the appellant, then it is difficult to find that the jury may have so interpreted it.

[37] Regarding the charge, I take issue with my colleague's statement that "any uncertainty as to [the charge's] meaning and effect would surely have to be resolved in the accused's favour" (para. 90). This is not a case in which the trial judge used a word or phrase that was reasonably capable of more than one meaning and the jury was left to discern which of the possible meanings was intended. When read in the context of the entire charge and of the evidence and the trial as a whole, the impugned statement has only one reasonable meaning. The possibility of an appellate court divining another

pas celui où le juge du procès a fait référence au comportement de l'accusé postérieur à l'infraction. L'absence d'objection sur ce point ne peut s'expliquer par la possibilité qu'elle ait négligé cette partie des directives puisqu'elle l'a mentionnée spécifiquement dans les observations qu'elle a ensuite présentées au juge du procès. En citant l'extrait contesté en l'espèce, l'avocate de la défense a critiqué ainsi la façon dont le juge du procès a traité la thèse du ministère public :

[TRADUCTION] Ensuite, le ministère public -- ou la Cour a ensuite examiné la thèse du ministère public de manière très détaillée, et mes notes indiquent qu'à la fin de son examen, la cour a déclaré ce qui suit :

« Si vous retenez cette preuve, vous devriez [*sic*] conclure que l'accusé avait l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles. »

Bien entendu, la thèse du ministère public ne constitue pas une preuve. Ce n'est que la thèse du ministère public, et ce que retiendra le jury, compte tenu des commentaires qu'a formulés [l'avocate du ministère public] hier, c'est que cette thèse repose indéniablement sur la preuve. [d.a., p. 41]

[36] Même si l'avocate de la défense croyait à tort que le juge Vertes avait utilisé le verbe « devriez » (« *should* ») plutôt que le verbe « pouvez » (« *may* »), qui exprime une faculté, elle ne voyait toujours pas de problème dans cette déclaration en ce qui a trait à l'utilisation par le juge du comportement de l'accusé postérieur à l'infraction. Si l'avocate de la défense, qui est censée songer au meilleur intérêt de son client, n'a pas interprété l'exposé d'une manière préjudiciable à l'accusé, il est difficile de conclure que le jury ait pu l'interpréter ainsi.

[37] En ce qui a trait à l'exposé, je ne suis pas d'accord avec mon collègue lorsqu'il affirme que « toute incertitude quant au sens et à l'effet qu'il faut [. . .] donner [à la directive] devrait assurément être résolue en faveur de l'accusé » (par. 90). Il ne s'agit pas ici d'un cas où le juge du procès a utilisé un mot ou une expression qui était raisonnablement susceptible de plus d'une interprétation, laissant ainsi au jury le soin de déterminer le sens voulu. Lorsqu'elle est interprétée dans le contexte global de l'exposé et à la lumière de la preuve et de l'ensemble du procès, la déclaration contestée ne

interpretation of the trial judge's words does not mean that the charge created uncertainty for the jury.

[38] Furthermore, although I need not resolve the issue, I have reservations about the proposition that any uncertainty in a charge *must*, as a matter of course, be resolved in favour of the accused. This proposition seems to be based on the strict constructionist approach to interpreting penal legislation that developed in the eighteenth century, when criminal law sanctions were especially severe. By the mid-1980s, however, the presumption of a restrictive interpretation of penal statutes had started to wear thin (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 472-74). A restrictive interpretation *may* be warranted where an ambiguity cannot be resolved by means of the usual principles of interpretation. But it is a principle of last resort that does not supersede a purposive and contextual approach to interpretation (*R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864, at pp. 881-82; *R. v. Mac*, 2002 SCC 24, [2002] 1 S.C.R. 856, at para. 4). Even if the impugned statement in the instant case *did* disclose a true ambiguity, an attempt would first have to be made to resolve it by resort to general principles and methods of interpretation. For the reasons I have given above, an ambiguity in the charge should not automatically be resolved in favour of the accused.

[39] In sum, Vertes J.'s reference to the appellant's post-offence conduct in his charge to the jury is not an error capable of affecting the legality of the verdict. In fact, both the Crown and the trial judge could be said to have underestimated, to the appellant's advantage, the significance of the appellant's actions following the shooting. Vertes J. failed to give full effect in his charge to the Crown's argument that the appellant's actions — all revolving around the theatrics of a suicide attempt — revealed a lack of sincerity and credibility that the jury could take into account when assessing the veracity of the appellant's claim to have been so badly affected by the pepper spray

possède qu'un seul sens raisonnable. La possibilité qu'une cour d'appel puisse interpréter différemment les mots utilisés par le juge du procès ne signifie pas que l'exposé crée de l'incertitude pour les jurés.

[38] En outre, bien que je n'aie pas à trancher la question, j'ai des réserves à l'égard de l'affirmation selon laquelle toute incertitude que peut comporter un exposé *doit*, systématiquement, être résolue en faveur de l'accusé. Cette affirmation semble reposer sur le principe de l'interprétation stricte de la législation pénale qui a été élaboré au dix-huitième siècle, soit à une époque où les sanctions pénales étaient particulièrement sévères. Or, vers le milieu des années 1980, la présomption d'interprétation restrictive des lois pénales a commencé à s'effriter (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 472-474). L'interprétation restrictive *peut* être justifiée advenant une ambiguïté qui n'est pas susceptible d'être résolue par les principes d'interprétation habituels. Cependant, ce principe ne s'applique qu'en dernier ressort et il ne prévaut pas sur une interprétation fondée sur l'objet et le contexte (*R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864, p. 881-882; *R. c. Mac*, 2002 CSC 24, [2002] 1 R.C.S. 856, par. 4). Même si la déclaration contestée en l'espèce a révélé une réelle ambiguïté, on doit d'abord tenter de la résoudre en recourant aux méthodes et principes généraux d'interprétation. Pour les raisons que j'ai exposées précédemment, j'estime que les ambiguïtés de l'exposé ne devraient pas être automatiquement résolues en faveur de l'accusé.

[39] En somme, la référence du juge Vertes — dans son exposé au jury — au comportement de l'appellant postérieur à l'infraction ne constitue pas une erreur susceptible d'avoir une incidence sur la légalité du verdict. On pourrait même dire que tant le ministère public que le juge du procès ont en fait sous-estimé, à l'avantage de l'appellant, l'importance de sa conduite postérieure au coup de feu. Le juge Vertes n'a pas donné, dans son exposé, plein effet à l'argument du ministère public selon lequel les gestes de l'appellant — inhérents au caractère théâtral d'une tentative de suicide — démontraient un manque de sincérité et de crédibilité, dont le jury pouvait tenir compte pour apprécier la

that he could not remember the events leading up to the shooting. It was entirely open to the Crown to engage in this line of reasoning at trial. While post-offence conduct cannot usually serve on its own as a basis for inferring the specific degree of culpability of an accused person who has admitted committing an offence (*R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, at p. 145; *R. v. Marinaro*, [1996] 1 S.C.R. 462; *R. v. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620 (C.A.), at p. 631), it can be used, more generally, to impugn the accused person's credibility (*R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, at para. 26).

[40] Post-offence conduct may also be used to discredit a defence that relates to the accused person's state of mind at the time of the offence and that is therefore relevant to his or her ability to form the requisite intent for the offence, such as intoxication (*R. v. Pharr*, 2007 ONCA 551, 227 O.A.C. 112, at paras. 8-15; *Peavoy*, at pp. 630-31) or the "not criminally responsible" defence under s. 16 (*R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at paras. 42-53). In the case at bar, the Crown could have pursued the argument that the appellant's sense of awareness immediately after the shooting was relevant circumstantial evidence that he had the requisite intent, since it belied his claim to have been completely disoriented by the pepper spray. If the Crown had done so, then the jury should have been instructed on the limited probative value of the appellant's post-offence conduct. However, the Crown did not make this argument at trial, and the trial judge did not allude to it in his charge to the jury. There is obviously no need for a judge to include a limiting instruction pertaining to an issue that did not even arise in the case. This would have unnecessarily confused the jury and might have amounted to an error in its own right.

[41] For these reasons, I believe that the first sentence of the impugned passage contains at most an

véracité de la prétention de l'appelant selon laquelle il avait été tellement incommodé par le gaz poivré qu'il ne se souvenait de rien jusqu'au moment du coup de feu. Le ministère public était parfaitement autorisé à tenir ce raisonnement lors du procès. On ne peut généralement se fonder uniquement sur le comportement de l'accusé postérieur à l'infraction pour inférer le degré particulier de culpabilité d'un accusé qui a admis avoir commis une infraction (*R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, p. 145; *R. c. Marinaro*, [1996] 1 R.C.S. 462; *R. c. Peavoy* (1997), 34 O.R. (3d) 620 (C.A.), p. 631). Cependant, la preuve de ce comportement peut servir à miner la crédibilité de l'accusé en général (*R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, par. 26).

[40] Le comportement de l'accusé postérieur à l'infraction peut également servir à discréditer les moyens de défense relatifs à l'état d'esprit de l'accusé au moment de la perpétration de l'infraction, qui peuvent donc influencer sur sa capacité de former l'intention requise pour commettre l'infraction, par exemple le moyen de défense fondé sur l'intoxication (*R. c. Pharr*, 2007 ONCA 551, 227 O.A.C. 112, par. 8-15; *Peavoy*, p. 630-631) et celui fondé sur la « non-responsabilité criminelle » que l'accusé peut invoquer en vertu de l'art. 16 (*R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 42-53). En l'espèce, le ministère public aurait pu présenter l'argument que la conscience qu'avait l'appelant immédiatement après le coup de feu constituait une preuve circonstancielle pertinente de son intention, puisque cette conscience réfutait sa prétention selon laquelle le gaz poivré l'avait totalement désorienté. Si le ministère public l'avait fait, le jury aurait alors dû recevoir des directives relativement à la valeur probante limitée du comportement de l'appelant postérieur à l'infraction. Or, le ministère public n'a pas utilisé cet argument au procès et le juge du procès n'y a pas fait allusion dans son exposé au jury. Manifestement, un juge n'a pas à donner une directive restrictive à l'égard d'une question qui n'a même pas été soulevée. Cela aurait semé inutilement la confusion dans l'esprit des jurés et aurait pu constituer une erreur en soi.

[41] Pour ces motifs, je suis d'avis que la première phrase de l'extrait contesté ne contient tout au plus

error without any legal effect, and that the second sentence contains no error whatsoever. However, even if this reference to the appellant's actions after the shooting *had* amounted to an error of law, I would have found that the appeal should be dismissed under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

C. *Curative Proviso: Section 686(1)(b)(iii) of the Criminal Code*

[42] This Court reviewed the law on the curative proviso in *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823 (see also *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239). In essence, this provision allows a court to uphold a conviction despite an error of law if no substantial wrong or miscarriage of justice occurred as a result of the error. The Crown must demonstrate to the court either (1) that the error was so harmless, and so insignificant, that it could not have affected the verdict; or (2) that the error, while serious, did not result in a miscarriage of justice or a substantial wrong, because the case against the accused was so overwhelming that a conviction would have been inevitable even if the error had not been made.

[43] It is not strictly necessary in this case to invoke the curative proviso, as the trial judge did not commit an error of law in his charge to the jury. However, even if there were an error of law in this case, it would have been easily classified as a harmless one that could not have affected the verdict. It is highly unlikely that the purported ambiguity of the charge with respect to the appellant's post-offence conduct would have influenced the jury in a manner prejudicial to him. The evidence of the appellant's post-offence conduct was of very little significance to the case against him and was not emphasized at trial by either the Crown or the trial judge. Moreover, the Crown at no time argued that the appellant's actions after the shooting could be used as direct evidence of his intent to kill the officer. Indeed, it defies logic to suggest that the appellant's failure to check on the officer's condition before threatening to kill himself could be

qu'une erreur sans conséquence juridique, et que la deuxième phrase n'en contient aucune. Cependant, si cette référence à la conduite de l'appelant postérieur au coup de feu *avait* constitué une erreur de droit, j'aurais été d'avis de rejeter le pourvoi en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

C. *La disposition réparatrice : le sous-al. 686(1)(b)(iii) du Code criminel*

[42] Notre Cour a examiné le droit relatif à la disposition réparatrice dans l'arrêt *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823 (voir également *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239). Essentiellement, cette disposition permet à un tribunal de confirmer une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'une erreur de droit, pourvu qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne se soit produit du fait de l'erreur. Le ministre public doit démontrer au tribunal soit que (1) l'erreur était si inoffensive, et si négligeable, qu'elle n'a pu avoir d'incidence sur le verdict; soit que (2) l'erreur, bien que grave, n'a entraîné aucune erreur judiciaire grave ni aucun tort important puisque la preuve contre l'accusé était à ce point accablante qu'une déclaration de culpabilité aurait été inévitable même si l'erreur n'avait pas été commise.

[43] En l'espèce, il n'est pas absolument nécessaire d'invoquer la disposition réparatrice, puisque le juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit dans son exposé au jury. Toutefois, même si une erreur de droit avait été commise en l'espèce, elle entrerait facilement dans la catégorie des erreurs inoffensives qui n'auraient pas pu avoir d'incidence sur le verdict. En effet, il est fort peu probable que la possible ambiguïté des directives sur le comportement de l'appelant postérieur à l'infraction ait influencé le jury de manière à porter préjudice à l'accusé. La preuve de ce comportement n'a joué qu'un rôle mineur dans la poursuite visant l'accusé, et ni le ministre public ni le juge du procès n'ont mis l'accent sur elle au cours du procès. De plus, jamais le ministre public n'a allégué que la conduite de l'appelant postérieure au coup de feu pouvait être utilisée comme preuve directe de son intention de tuer le policier. En effet, il serait contraire à toute

probative of either an intentional or an accidental shooting. Bearing in mind that the language used by the trial judge in the impugned passage was permissive (“you may conclude”), I do not believe that the jury would have interpreted the charge as a direction to view the appellant’s questionable suicide attempt and his knowledge that he had killed Cst. Seewald as evidence of intent.

[44] Again, it is noteworthy that defence counsel did not object at trial to this portion of the charge. Of course, counsel’s failure to object at trial to a portion of a charge that is later raised on appeal is not a determining factor in the curative proviso analysis (*Arcangioli*, at p. 143; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293, at pp. 1319-20). It is the judge, and not counsel, who is ultimately responsible for the adequacy of the charge. At the same time, a failure to object does merit consideration by the reviewing court (*Jacquard*, at paras. 37-38; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 58). In the case at bar, the fact that defence counsel did not object suggests that the “error”, had it in fact been an error, would have been neither serious nor significant.

D. Conclusion

[45] A trial judge must not be held to a standard of perfection in delivering a charge to a jury. In this case, there was one small mistake in an otherwise faultless charge. Read in the context of the entire charge and of the trial as a whole, the impugned passage does not contain an error of law. If the purported error had in fact been an error, it would not have warranted a new trial, as no substantial wrong or miscarriage of justice would have occurred. For these reasons, the appeal should be dismissed and the conviction upheld.

logique de suggérer que l’omission par l’appelant de vérifier l’état de l’agent avant de menacer de se suicider établit de façon probante le caractère intentionnel ou accidentel d’un coup de feu. Compte tenu de la formulation — qui exprime une faculté — que le juge du procès a employée dans l’extrait contesté ([TRADUCTION] « vous pouvez conclure »), j’estime que le jury n’aurait pas interprété l’exposé comme une directive d’utiliser la soi-disant tentative de suicide de l’appelant et sa connaissance du fait qu’il avait tué l’agent Seewald comme une preuve de l’existence d’une intention.

[44] Encore une fois, il convient de souligner que l’avocate de la défense n’a formulé aucune objection au procès à l’égard de cet extrait de l’exposé. Le défaut de l’avocat de s’opposer, au procès, à une partie des directives qui fera par la suite l’objet d’un pourvoi ne constitue certainement pas un facteur déterminant pour l’analyse de la disposition réparatrice (*Arcangioli*, p. 143; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, p. 1319-1320). C’est le juge, et non l’avocat, qui en définitive est responsable de la justesse des directives. Cela étant dit, l’absence d’objection de l’avocat mérite néanmoins d’être prise en considération par la cour de révision (*Jacquard*, par. 37-38; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 58). En l’espèce, l’omission par l’avocate de la défense de s’opposer à l’extrait contesté me porte à croire que « l’erreur », si on peut même affirmer qu’elle existe, n’était ni grave ni importante.

D. Conclusion

[45] Le juge du procès ne saurait être astreint à une norme de perfection dans son exposé au jury. Dans le cas qui nous occupe, nous nous trouvons en présence d’une toute petite erreur dans un exposé irréprochable à tous autres égards. Replacé dans le contexte de l’ensemble de l’exposé et du déroulement général du procès, l’extrait contesté ne contient aucune erreur de droit. Même si une erreur avait été commise, je demeure convaincu qu’elle ne justifierait pas la tenue d’un nouveau procès puisqu’aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit. Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de maintenir la déclaration de culpabilité.

The reasons of Binnie and Fish JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges Binnie et Fish rendus par

FISH J. (dissenting) —

LE JUGE FISH (dissident) —

I

I

[46] The appellant unlawfully caused the death of a police officer who had been summoned by the appellant's common-law spouse to the apartment they then shared. It was her apartment and the appellant refused to leave. Fearing violence, she called the RCMP. The officer dispatched to the scene was fatally shot soon after his arrival — in the heat of a violent struggle with the appellant.

[46] L'appelant a illégalement causé la mort d'un policier qui s'était rendu, à la demande de la conjointe de fait de l'appelant, dans l'appartement qu'elle partageait alors avec lui. C'était son appartement à elle et l'appelant refusait de quitter les lieux. Comme elle craignait qu'il soit violent, elle a téléphoné à la GRC. L'agent envoyé sur les lieux a été abattu peu après son arrivée — dans le feu d'une violente bagarre avec l'appelant.

[47] The only real issue at trial was whether the appellant had acted with the requisite intent for murder. In my respectful view, the trial judge misdirected the jury in that regard. He twice suggested to the jury that they could consider the appellant's post-offence conduct in determining his intent at the moment of the shooting. Their verdict — guilty of murder, or only of manslaughter — was made to depend on that finding.

[47] La seule question réellement en litige était celle de savoir si l'appelant avait l'intention requise pour commettre un meurtre au moment où il a agi. À mon humble avis, le juge du procès a donné au jury des directives erronées à cet égard. À deux reprises, il a amené les jurés à croire qu'ils pouvaient examiner le comportement de l'appelant postérieur à l'infraction pour juger de son intention au moment où le coup de feu a été tiré. Leur verdict — coupable de meurtre ou seulement d'homicide involontaire coupable — reposait sur leur conclusion à cet égard.

[48] The judge's erroneous instruction can hardly be characterized as "harmless", since it concerned the only real issue at trial. Nor was the rest of the evidence "so overwhelming . . . that there was no substantial wrong or miscarriage of justice": *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 26. Accordingly, the judge's error cannot be "cured" under the proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[48] Les directives erronées du juge ne sauraient être considérées comme « inoffensives » puisqu'elles portaient sur la seule question réellement en litige. Le reste de la preuve n'était pas non plus « accablant au point de conclure qu'aucun tort important ni erreur judiciaire grave ne s'est produit » : *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 26. Par conséquent, on ne peut « remédier » à l'erreur du juge en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[49] Like Martin J.A., dissenting in the Court of Appeal, I have concluded that a new trial must therefore be had.

[49] Comme le juge Martin, dissident en Cour d'appel, j'estime qu'il doit y avoir un nouveau procès.

II

II

[50] In his overview of the relevant facts, with which I am otherwise in general agreement, Justice

[50] Dans son aperçu des faits pertinents, auquel je souscris par ailleurs pour l'essentiel, le juge

LeBel makes little reference to the victim's pepper-spraying of the appellant immediately before the shooting. Because of its importance, especially with respect to the applicability of the curative proviso, I think it necessary to flesh out the evidence on this issue and to place in context the fatal struggle that ensued.

[51] The appellant, Salomonie Goo Jaw, was an Inuk resident of Cape Dorset, Nunavut, in March 2001, when the fatal shooting occurred. He had been living with his partner, Barbara Ettinger, for approximately two years. An acrimonious quarrel erupted and, in response to a 911 call to the RCMP by Ms. Ettinger, Cst. Jurgen Seewald was dispatched to Ms. Ettinger's apartment.

[52] Upon his arrival, Cst. Seewald, addressing the appellant, said "[l]et's talk", and "steered" the appellant into the living room of the apartment. Once inside, Cst. Seewald told Mr. Jaw to sit down and, when the appellant did not comply, Cst. Seewald pushed him into a chair, ripping the appellant's shirt in the process. At that point, Ms. Ettinger left the room to fetch a new shirt for the appellant. When she returned, she saw Cst. Seewald holding the appellant with one hand and pepper-spraying him in the face, persistently, with the other. The use of pepper spray was not disputed by the Crown.

[53] The appellant testified that the pepper spray was so "painful" and "burning" that he could not keep his eyes open. Ms. Ettinger confirmed his evidence as to the use and apparent effect of the pepper spray. Indeed, the trial judge found no contradictions between Ms. Ettinger and the appellant "going to the fundamental issues" (pre-charge conference, A.R., at p. 15).

[54] In Ms. Ettinger's words, "Salomonie had his hands and arms up in front of his face and eyes, trying to protect himself from the pepper spray". Mr. Jaw complained that the pepper spray "stings", is "burning" and "hurts". According to Ms. Ettinger, the officer continued holding onto the appellant and spraying him as the pair moved out of the living room, toward the kitchen.

LeBel ne fait guère référence au fait que la victime a aspergé l'appelant de gaz poivré juste avant d'être abattue. Vu l'importance de ce fait, surtout en ce qui concerne l'applicabilité de la disposition réparatrice, j'estime qu'il est nécessaire d'étoffer le rappel de la preuve sur ce point et de remettre en contexte la bagarre fatale qui a suivi.

[51] L'appelant, M. Salomonie Goo Jaw, un Inuit, résidait à Cape Dorset (Nunavut) au moment où a eu lieu la fusillade mortelle, en mars 2001. Il habitait depuis environ deux ans avec sa conjointe, M^{me} Barbara Ettinger. Une violente dispute a éclaté et, en réponse à un appel au service 911 fait par M^{me} Ettinger pour joindre la GRC, l'agent Jurgen Seewald s'est rendu chez elle.

[52] À son arrivée, l'agent Seewald a dit à l'appelant [TRADUCTION] « on va se parler » et l'« a entraîné » dans le salon de l'appartement. Une fois dans cette pièce, l'agent Seewald a demandé à M. Jaw de s'asseoir. Comme l'appelant n'obtempérait pas, l'agent Seewald l'a poussé sur une chaise, déchirant du même coup sa chemise. M^{me} Ettinger a alors quitté la pièce pour aller lui en chercher une nouvelle. À son retour, elle a vu que l'agent Seewald retenait l'appelant d'une main et, sans répit, lui aspergeait le visage de gaz poivré de l'autre. Le ministère public n'a pas nié l'utilisation du gaz en question.

[53] L'appelant a déclaré que le gaz poivré était si [TRADUCTION] « douloureux » et « irritant » qu'il ne pouvait garder les yeux ouverts. M^{me} Ettinger a confirmé son témoignage quant à l'utilisation et à l'effet apparent du gaz poivré. D'ailleurs, le juge du procès n'a noté aucune contradiction entre les témoignages de M^{me} Ettinger et de l'appelant [TRADUCTION] « sur les questions fondamentales » (conférence préalable à l'exposé, d.a., p. 15).

[54] Comme l'a affirmé M^{me} Ettinger, [TRADUCTION] « Salomonie avait les mains et les bras devant son visage et ses yeux. Il essayait de se protéger du gaz poivré ». M. Jaw s'est plaint du fait que le gaz poivré [TRADUCTION] « piqu[ait] », « brûl[ait] » et « fai[sait] mal ». Selon M^{me} Ettinger, l'agent a continué de tenir l'appelant et de l'asperger de gaz poivré pendant qu'ils sortaient du salon et se déplaçaient vers la cuisine.

[55] Staff Sergeant Robert Ervin of the RCMP, a witness called by the Crown, testified on cross-examination that someone who is pepper-sprayed directly in the eyes may become confused or disoriented, and is usually distracted by the pain. Again as a result of the pain, people who are sprayed sometimes experience “auditory exclusion”, a condition that blocks out the sound that in fact reaches their ears. Sergeant Ervin also explained how the inhalation of pepper spray interferes with breathing and can cause “extreme burning” on contact with exposed skin.

[56] Ms. Ettinger testified that she observed the two men as a single “mass” while they moved from the kitchen, through the apartment door and into the common area. At some point during this scuffle, the loaded shotgun was retrieved from the closet in which Mr. Jaw had placed it prior to the officer’s arrival. Ms. Ettinger did not see who retrieved the shotgun, but she testified that *both men had both hands on the weapon* once the two were outside the apartment.

[57] The Crown relied on the evidence of Dr. Bernard Bannach, a forensic pathologist, and Alan Voth, an RCMP forensic firearms expert, to rebut the defence claim that the shooting occurred accidentally in the course of a struggle. Dr. Bannach and Mr. Voth estimated that the shot was fired from between four to eight feet and two to five feet respectively. According to the eye-witness Ms. Ettinger, however, the officer was holding the barrel and the appellant was holding the butt-end of the gun when the gun discharged.

[58] Ms. Ettinger screamed when the gun discharged. She heard Cst. Seewald say “I’m shot” before he fell to the floor. According to Ms. Ettinger, the appellant then said “I shot him” and had a look of disbelief on his face. Ms. Ettinger testified that the appellant’s face and eyes were “still burning from the pepper spray” at that point. The appellant then knelt down, positioned to shoot himself.

[55] Robert Ervin, sergent d’état-major de la GRC, appelé comme témoin par le ministère public, a déclaré lors de son contre-interrogatoire qu’une personne qui reçoit du gaz poivré directement dans les yeux peut devenir confuse ou désorientée et est habituellement distraite par la douleur. Toujours en raison de cette douleur, une personne aspergée de gaz poivré éprouve parfois une [TRADUCTION] « exclusion auditive », une affection qui bloque les sons qui, dans les faits, sont parvenus à ses oreilles. Le sergent Ervin a aussi expliqué comment l’inhalation de gaz poivré nuit à la respiration et risque de causer une [TRADUCTION] « brûlure extrême » au contact de la peau.

[56] M^{me} Ettinger a dit que les deux hommes ne semblaient former qu’une seule [TRADUCTION] « masse » pendant qu’ils se déplaçaient de la cuisine à la zone commune à l’extérieur de l’appartement. À un moment donné pendant l’échauffourée, quelqu’un a pris le fusil de chasse chargé qui se trouvait dans le placard, là où M. Jaw l’avait laissé avant l’arrivée de l’agent. M^{me} Ettinger n’a pas vu qui s’est emparé du fusil de chasse, mais elle a dit que *les deux hommes avaient les mains sur l’arme* lorsqu’ils se sont retrouvés à l’extérieur.

[57] Le ministère public s’est fondé sur les témoignages du D^r Bernard Bannach, médecin légiste, et d’Alan Voth, expert en balistique de la GRC, pour réfuter la prétention de la défense selon laquelle le coup de feu avait été tiré accidentellement durant la bagarre. Ces experts ont estimé respectivement que le coup de feu avait été tiré d’une distance de quatre à huit pieds et de deux à cinq pieds. Toutefois, selon M^{me} Ettinger, témoin de la scène, l’agent avait les mains sur le canon du fusil et l’appelant en tenait l’extrémité au moment où le coup de feu a été tiré.

[58] M^{me} Ettinger a crié quand le coup est parti. Elle a entendu l’agent Seewald dire [TRADUCTION] « je suis touché » avant qu’il ne tombe au sol. Selon elle, l’appelant a alors affirmé [TRADUCTION] « je l’ai tué » et avait une expression d’incrédulité sur le visage. Dans son témoignage, M^{me} Ettinger a déclaré que, à ce moment-là, le visage et les yeux de l’appelant [TRADUCTION] « brûlaient toujours à

Ms. Ettinger told him that suicide would only make things worse and urged him to desist.

[59] Mr. Jaw testified that all he could focus on or remember from the time of the shooting was the pain and burning caused by the pepper spray. The first thing he recalled after the shotgun blast was Ms. Ettinger screaming and Cst. Seewald lying on the floor. The appellant did not check the officer's condition. He testified that he did not know how he came to be holding the gun.

[60] Mr. Jaw told the jury that he had never intended to shoot Cst. Seewald, either before or after the constable arrived. Once he realized that he had shot the officer, Mr. Jaw told Ms. Ettinger that he did not want to live any longer. Ms. Ettinger tried unsuccessfully to wrest the gun from Mr. Jaw. After some discussion, Mr. Jaw left the apartment with the gun, apparently intending to kill himself on the sea ice. The appellant stayed on the sea ice overnight before returning home. He turned himself in to the RCMP later that day.

III

[61] The trial judge correctly instructed the jury to find the appellant guilty of murder if they were satisfied beyond a reasonable doubt that he "either intended to kill or intended to cause bodily harm that the accused knew was likely to kill and was reckless about whether Constable Seewald [the victim] died or not" (A.R., at p. 26). Immediately thereafter, the judge charged the jury as follows:

To determine the accused's state of mind, what he meant to do, you should consider all of the evidence. You should consider what he did, how he did it, and what he said. You should look at the accused's words and actions before, at the time [of], and after the shooting of Constable Seewald. All these things may shed light on the accused's state of mind. [Emphasis added; A.R., at p. 27.]

cause du gaz poivré ». L'appelant s'est ensuite agenouillé, prêt à se tuer. M^{me} Ettinger lui a dit que se suicider ne ferait qu'empirer la situation et l'a prié de ne pas le faire.

[59] Dans son témoignage, M. Jaw a déclaré que, au moment du meurtre, il était obnubilé par la douleur et la sensation de brûlure qu'il ressentait à cause du gaz poivré ou, du moins, que c'est tout ce dont il se souvient. Par contre, la première chose dont il se souvient après le coup de feu, c'est d'avoir entendu M^{me} Ettinger crier et d'avoir vu l'agent Seewald gisant sur le sol. L'appelant n'a pas vérifié l'état de l'agent. Il a dit ne pas savoir comment il s'est retrouvé en possession du fusil.

[60] M. Jaw a déclaré au jury qu'il n'avait jamais eu l'intention d'abattre l'agent Seewald, ni avant, ni après l'arrivée de ce dernier. Quand il a réalisé qu'il avait tué le policier, M. Jaw a avoué à M^{me} Ettinger qu'il ne souhaitait plus vivre. Cette dernière a tenté, en vain, de lui enlever le fusil. Après discussion, M. Jaw a quitté l'appartement avec le fusil, apparemment avec l'intention de s'enlever la vie sur la banquise. L'appelant est resté sur la banquise toute la nuit avant de revenir à la maison. Il s'est rendu lui-même à la GRC plus tard ce jour-là.

III

[61] Le juge du procès a donné des directives correctes lorsqu'il a dit aux jurés qu'ils devaient déclarer l'appelant coupable de meurtre s'ils étaient convaincus hors de tout doute raisonnable qu'il [TRADUCTION] « avait l'intention de tuer ou de causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort et qu'il lui était indifférent que l'agent Seewald [la victime] meure ou non » (d.a., p. 26). Tout de suite après, le juge leur a donné les directives suivantes :

[TRADUCTION] Pour juger de l'état d'esprit de l'accusé, de ce qu'il voulait faire, vous devez examiner la preuve dans son ensemble. Vous devez examiner ce qu'il a fait, comment il l'a fait, et ce qu'il a dit. Vous devez tenir compte des paroles et des gestes de l'accusé avant, pendant et après le meurtre de l'agent Seewald. Tous ces éléments peuvent jeter un éclairage sur l'état d'esprit de l'accusé. [Je souligne; d.a., p. 27.]

[62] Later in the charge, the trial judge summarized what he mistakenly considered to be the Crown's theory of the case. He concluded his summary this way:

Furthermore, I think it is fair to say that the Crown says you should conclude that the accused knew he shot Constable Seewald because he did not even bother to check Constable Seewald before deciding, as he said, to kill himself. So, if you accept this evidence, you may conclude that at the moment Constable Seewald was shot, the accused intended to kill Constable Seewald, or at least intended to cause bodily harm that he knew was likely to kill Constable Seewald, and he was reckless about whether the constable died or not. [A.R., at p. 31]

[63] The judge thus suggested to the jury — and, in my respectful view, erroneously — that they could consider the appellant's post-offence conduct in determining whether he had acted, at the time of the shooting, with the culpable intent that is an essential element of murder. These were not isolated or fleeting comments. As we shall see, they formed an integral part of a recurring theme in the portions of the judge's charge dealing with the appellant's mental state when he caused the death of the constable.

[64] The law regarding evidence of post-offence conduct is definitively set out in *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, at p. 145:

... where an accused's conduct may be equally explained by reference to consciousness of guilt of two or more offences, . . . a trial judge should instruct a jury that such evidence has no probative value with respect to any particular offence.

[65] And in *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, at para. 28, Major J. explained the circumstances in which a jury should be instructed that post-offence conduct has no probative value:

Such an instruction is most likely to be warranted where, as in *Arcangioli* itself, the accused has admitted to committing the *actus reus* of a criminal act but has denied a specific level of culpability for that act . . . In

[62] Plus loin, le juge du procès a résumé ce qu'il a considéré à tort comme étant la thèse du ministère public. Il a conclu son résumé comme suit :

[TRADUCTION] De plus, j'estime qu'il est juste de dire que le ministère public vous suggère de conclure que l'accusé savait qu'il avait abattu l'agent Seewald parce qu'il n'a même pas pris le soin de l'examiner avant de décider, comme il a dit, de s'enlever la vie. Ainsi, si vous reprenez cette preuve, vous pouvez conclure que l'accusé avait l'intention de tuer l'agent Seewald au moment où celui-ci a été abattu, ou que l'accusé avait à tout le moins l'intention de causer des lésions corporelles en sachant qu'elles seraient de nature à causer la mort de l'agent Seewald, et qu'il ne s'est pas soucié de savoir si la mort du policier s'ensuivrait ou non. [d.a., p. 31]

[63] Le juge a donc indiqué aux jurés — à tort, à mon humble avis — qu'ils pouvaient tenir compte du comportement de l'appelant postérieur à l'infraction pour déterminer s'il avait, au moment où le coup de feu a été tiré, l'intention coupable qui constitue un élément essentiel de l'infraction de meurtre. Il ne s'agissait pas de commentaires isolés ou éphémères. Comme nous le verrons, ils faisaient partie intégrante d'un thème qui est souvent revenu dans les extraits de l'exposé du juge sur l'état psychologique de l'appelant au moment où il a causé la mort de l'agent.

[64] Le droit applicable à une preuve de comportement postérieur à l'infraction a été définitivement énoncé dans *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, p. 145 :

... lorsque le comportement de l'accusé peut s'expliquer tout autant par une conscience de culpabilité de deux infractions ou plus, [. . .] le juge du procès devrait donner comme directive au jury que cette preuve n'a aucune valeur probante relativement à une infraction précise.

[65] En outre, dans *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, par. 28, le juge Major a expliqué les circonstances dans lesquelles un jury devrait être informé que la preuve du comportement postérieur à l'infraction n'a aucune valeur probante :

Une telle directive sera très probablement justifiée lorsque, comme dans l'affaire *Arcangioli*, l'accusé avoue avoir accompli l'*actus reus*, mais nie un degré de culpabilité donné à l'égard de cet acte [. . .] En pareil cas,

such cases, the participation of the accused in the culpable event is not at issue; the question to be decided is merely the extent or legal significance of that participation. [Emphasis added.]

[66] In this case, the only element distinguishing manslaughter from murder was the “specific level of culpability” of the appellant. Once the jury accepted that it was the appellant who had retrieved the shotgun, his “participation . . . in the culpable event” was no longer in issue.

[67] Moreover, the appellant’s post-offence conduct was equally consistent with murder *and* manslaughter. His failure to check on the victim’s condition “may be equally explained by reference to consciousness of guilt of two or more offences” (*Arcangioli*, at p. 145): murder, if the appellant intentionally caused the victim’s mortal injuries, and was reckless whether death ensued or not; manslaughter, if the appellant, having discharged the weapon unintentionally became totally distraught on realizing that he had shot the constable — as the appellant, in effect, testified.

[68] Yet the trial judge did not give the required limiting instruction: He failed to warn the jury not to use Mr. Jaw’s post-offence conduct to infer intent. On the contrary, *he expressly invited the jury to do so*.

[69] It was not in issue that Mr. Jaw had struggled with Cst. Seewald and ultimately discharged the weapon. As a preliminary matter, the jury had to decide whether Mr. Jaw had retrieved the gun from the closet, handled it unlawfully, and thus caused Cst. Seewald’s death. In the circumstances of this case, this alone would have supported a finding of culpable homicide.

[70] The jury would then have to decide whether Mr. Jaw was guilty of murder or only of manslaughter. As mentioned earlier, that depended entirely on his intent at the time of the shooting. Under both *Arcangioli* and *White*, the jury should have been instructed that it could not infer from his conduct

la participation de l’accusé à l’acte coupable n’est pas contestée; seule l’ampleur de cette participation ou son incidence sur le plan légal doit être déterminée. [Je souligne.]

[66] En l’espèce, le seul élément qui permettait de distinguer l’homicide involontaire coupable du meurtre était le « degré de culpabilité donné » de l’appelant. Dès lors que le jury convenait du fait que l’appelant avait pris le fusil de chasse, sa « participation [. . .] à l’acte coupable » n’était plus en litige.

[67] En outre, le comportement de l’appelant postérieur à l’infraction était compatible *tant* avec le meurtre *qu’avec* l’homicide involontaire coupable. Son omission de vérifier l’état de la victime « peut s’expliquer tout autant par une conscience de culpabilité de deux infractions ou plus » (*Arcangioli*, p. 145) : le meurtre, si l’appelant a intentionnellement causé les blessures mortelles de la victime et qu’il lui était indifférent que la mort s’ensuive ou non; l’homicide involontaire coupable, si l’appelant, qui a involontairement déchargé son arme, a été complètement bouleversé quand il a réalisé qu’il avait tué l’agent — comme de fait l’a dit l’appelant dans son témoignage.

[68] Pourtant, le juge du procès n’a pas donné la directive restrictive requise. En effet, il a omis d’avertir le jury de ne pas tenir compte du comportement postérieur à l’infraction de M. Jaw pour inférer une intention. Au contraire, *il a expressément invité le jury à le faire*.

[69] Nul n’a contesté que M. Jaw s’était battu avec l’agent Seewald et avait, en définitive, tiré le coup de fusil. À titre préliminaire, le jury devait décider si M. Jaw avait sorti le fusil du placard, s’en était servi illégalement et avait ainsi causé la mort de l’agent Seewald. Dans les circonstances de l’espèce, cela aurait suffi à justifier une conclusion d’homicide coupable.

[70] Advenant ce cas de figure, le jury devait ensuite décider si M. Jaw était coupable de meurtre ou seulement d’homicide involontaire coupable, ce qui, je le répète, dépendait entièrement de son intention au moment du meurtre. Dans *Arcangioli* et *White*, le jury aurait dû recevoir la directive de ne

immediately after the shooting that he had acted with the specific intent that is a requisite element of murder.

[71] And I repeat once more that the jury was told the opposite.

IV

[72] According to Justice LeBel, it “might be reasonable to suggest that the trial judge erred” if he invited the jury to infer intent from the appellant’s post-offence conduct (para. 30). In my colleague’s view, however, this impermissible inference was never put to the jury (paras. 3 and 31).

[73] The issue that divides us, then, is whether the trial judge in fact invited the jury to consider post-offence conduct in determining Mr. Jaw’s intention at the time of the shooting. Like all three judges in the Court of Appeal (2008 NUCA 2, 432 A.R. 297), I believe that he did.

[74] We cannot safely conclude that the jurors understood the judge’s instruction differently.

V

[75] Justice LeBel stresses throughout his reasons that we must read the judge’s charge in context. I agree. But this heightens rather than assuages my concern: The trial judge’s impugned references to post-offence conduct all occurred in the context of his review of evidence and Crown submissions *explicitly and directly related to the appellant’s intent at the time of the shooting*.

[76] At the beginning of this portion of his charge, the trial judge provided the jury with an analytical framework, or decisional roadmap, for determining the appellant’s culpable intent. He organized this roadmap in terms of Mr. Jaw’s conduct before,

pas déduire du comportement de l’accusé immédiatement après le coup de feu qu’il avait agi avec l’intention spécifique qui constitue un élément essentiel de l’infraction de meurtre.

[71] Je répète encore une fois que le jury a reçu la directive contraire.

IV

[72] Selon le juge LeBel, « on pourrait raisonnablement suggérer que le juge du procès a commis une erreur » s’il a invité le jury à inférer l’intention de l’appelant de son comportement postérieur à l’infraction (par. 30). Or, selon mon collègue, l’exposé n’a pas soumis cette conclusion inadmissible au jury (par. 3 et 31).

[73] Ainsi, la question sur laquelle nous sommes en désaccord est celle de savoir si le juge du procès a, de fait, invité le jury à tenir compte du comportement postérieur à l’infraction pour juger de l’intention de M. Jaw au moment du coup de feu. Comme les trois juges de la Cour d’appel (2008 NUCA 2, 432 A.R. 297), je crois qu’il l’a fait.

[74] Nous ne pouvons conclure sans risque que les jurés ont interprété les directives du juge autrement.

V

[75] Le juge LeBel insiste tout au long de ses motifs sur le fait que nous devons interpréter l’exposé du juge dans son contexte. Je suis d’accord. Cependant, cela accentue ma crainte plutôt que de l’apaiser. Le juge du procès a fait toutes ses références contestées au comportement de l’appelant postérieur à l’infraction dans le cadre de son examen de la preuve alors que les arguments du ministère public *se rapportaient explicitement et directement à l’intention de l’appelant au moment où le coup de feu a été tiré*.

[76] Au début de cette portion de l’exposé, le juge du procès a fourni au jury un cadre analytique, ou un guide décisionnel, servant à juger de l’intention coupable de l’appelant. Il a organisé ce guide en fonction du comportement de M. Jaw avant,

during and after the offence — and then followed the roadmap sequentially. While discussing Mr. Jaw's intent prior to or at the time of the shooting, the trial judge cited the appellant's awareness *after the shooting* that he had shot Cst. Seewald. This could only have been intended to convey to the jury that the appellant's post-offence awareness was evidence of an earlier murderous intent. And I see no reason to suppose that the jury understood it otherwise.

[77] For ease of reference, I again reproduce what the trial judge told the jury in summarizing the theory of the Crown:

Furthermore, I think it is fair to say that the Crown says you should conclude that the accused knew he shot Constable Seewald because he did not even bother to check Constable Seewald before deciding, as he said, to kill himself. So, if you accept this evidence, you may conclude that at the moment Constable Seewald was shot, the accused intended to kill Constable Seewald, or at least intended to cause bodily harm that he knew was likely to kill Constable Seewald, and he was reckless about whether the constable died or not. [A.R., at p. 31]

[78] For Justice LeBel, the first sentence in this extract from the judge's charge is "not contentious" since the "appellant did not dispute that he knew he had shot Cst. Seewald" (para. 29), and the second is harmless. With respect, I disagree with both propositions. In view of their juxtaposition, moreover, I believe the two sentences in the impugned extract cannot be conceptually disjoined. Each must be read in the context of the other. For present purposes, I am nonetheless prepared to consider them separately, as my colleague does.

[79] As to the first, Justice LeBel finds that the trial judge's "misstatement of the Crown's submission on post-offence conduct did not put anything to the jury that they would not already have presumed" (para. 29).

[80] With respect, however, the issue here is not the *accuracy* of the judge's statement regarding

pendant et après l'infraction — puis, il a suivi le guide dans l'ordre indiqué. Au sujet de l'intention de M. Jaw avant ou pendant le meurtre, le juge du procès a parlé du fait que l'appelant savait *après le coup de feu* qu'il avait abattu l'agent Seewald. Cette remarque ne pouvait que viser à faire comprendre au jury que la conscience de l'appelant après l'infraction révélait une intention meurtrière antérieure. Je ne vois aucune raison de croire que le jury l'a comprise autrement.

[77] Pour plus de commodité, je reproduis à nouveau ce que le juge du procès a dit au jury lorsqu'il a résumé la thèse du ministère public :

[TRADUCTION] De plus, j'estime qu'il est juste de dire que le ministère public vous suggère de conclure que l'accusé savait qu'il avait abattu l'agent Seewald parce qu'il n'a même pas pris le soin de l'examiner avant de décider, comme il a dit, de s'enlever la vie. Ainsi, si vous reprenez cette preuve, vous pouvez conclure que l'accusé avait l'intention de tuer l'agent Seewald au moment où celui-ci a été abattu, ou que l'accusé avait à tout le moins l'intention de causer des lésions corporelles en sachant qu'elles seraient de nature à causer la mort de l'agent Seewald, et qu'il ne s'est pas soucié de savoir si la mort du policier s'ensuivrait ou non. [d.a., p. 31]

[78] Pour le juge LeBel, la première phrase de cet extrait de l'exposé du juge n'est « pas litigieu[se] », puisque « l'appelant n'a pas contesté qu'il savait avoir abattu le policier Seewald » (par. 29), et la deuxième est inoffensive. Avec égards, je ne souscris à ni l'une ni l'autre de ces propositions. En outre, compte tenu de leur juxtaposition, je suis d'avis que les deux phrases de l'extrait contesté ne peuvent être dissociées sur le plan conceptuel. Chaque phrase doit être lue en fonction de l'autre. Pour les besoins de l'espèce, je suis néanmoins disposé à les examiner séparément comme le fait mon collègue.

[79] S'agissant de la première phrase, le juge LeBel estime que « la déclaration erronée du [juge du procès] au sujet de l'argument du ministère public sur le comportement postérieur à l'infraction n'a rien appris aux jurés qu'ils n'auraient déjà été en mesure de présumer » (par. 29).

[80] Cependant, en tout respect, ce qui est en cause ici est non pas l'*exactitude* de la déclaration

the appellant's post-offence conduct, but the *use* to which the jury was invited to put it. The trial judge's reference to post-offence conduct formed an important part of his instruction to the jury on how they were to determine whether the appellant had the requisite intent for murder.

[81] In finding no error, Justice LeBel reasons as well that the trial judge “was not *instructing* the jury to use the evidence in the manner suggested by the Crown, but was *concluding* his review of the Crown's position before moving on to the defence submissions” (para. 33 (emphasis in original)). With respect, I find this distinction unconvincing — and unwarranted.

[82] I agree that the jury might well have understood that the judge was summarizing his entire discussion of the appellant's intent or, at the very least, the Crown's theory on that issue. In either case, however, *part* of the evidence which the jury was invited to rely on included evidence of the appellant's post-offence conduct. In my respectful view, that is the problem, not the solution.

[83] The trial judge clearly indicated to the jury that if they accepted the evidence he had reviewed for them, including the appellant's post-offence conduct, they were free to conclude that the appellant had the requisite intent for murder. Called by any other name, this was an instruction in law, which the jury was bound to accept.

[84] I agree in this regard with Martin J.A., dissenting in the court below (at para. 125):

The Crown's failure to rely on the appellant's post-offence conduct in the manner ascribed to it by the trial judge, followed by his instruction, “So if you accept this evidence, you may conclude that at the moment Constable Seewald was shot the accused intended to kill Constable Seewald . . .”, could well have led the jury to understand that this was not part of the Crown's position, but part of the trial judge's instruction on the law

du juge au sujet du comportement de l'appelant postérieur à l'infraction, mais l'*usage* que le jury a été invité à en faire. La référence du juge du procès au comportement postérieur à l'infraction constituait une partie importante de la directive qu'il a donnée aux jurés sur la façon dont ils devaient déterminer si l'appelant avait l'intention requise pour commettre un meurtre.

[81] N'ayant relevé aucune erreur, le juge LeBel estime également que le juge du procès « n'a pas *donné la directive* au jury d'utiliser la preuve de la manière suggérée par le ministère public, mais qu'il *concluait* son examen de la thèse du ministère public avant de passer aux observations de la défense » (par. 33 (en italique dans l'original)). Soit dit en tout respect, j'estime que cette distinction est peu convaincante — et injustifiée.

[82] Je conviens que le jury peut fort bien avoir compris que le juge résumait l'ensemble de ses observations sur l'intention de l'appelant ou, à tout le moins, la thèse du ministère public sur la question. Dans les deux cas, toutefois, le jury a été invité à fonder sa décision *notamment* sur des éléments de preuve relatifs au comportement de l'appelant postérieur à l'infraction. Avec égards, voilà le problème, non pas la solution.

[83] Le juge du procès a clairement indiqué aux jurés que s'ils retenaient la preuve qu'il avait examinée pour eux, y compris le comportement de l'appelant postérieur à l'infraction, ils étaient libres de conclure que l'appelant avait l'intention requise pour le meurtre. Or, quel que soit le terme choisi pour la désigner, il s'agissait d'une directive en droit que le jury était tenu d'accepter.

[84] À cet égard, je suis d'accord avec le juge Martin, dissident en Cour d'appel (par. 125) :

[TRADUCTION] Le fait que le ministère public n'invoque pas le comportement de l'appelant postérieur à l'infraction de la façon décrite par le juge du procès, suivi de sa directive, « Ainsi, si vous retenez cette preuve, vous pouvez conclure que l'accusé avait l'intention de tuer l'agent Seewald au moment où celui-ci a été abattu [. . .] », aurait bien pu amener le jury à penser qu'il ne s'agissait pas de la position du ministère public, mais plutôt de la

that they were bound to follow. In the result, it would be understood that if the jury found that the appellant did not check on the wounded constable before deciding to kill himself, they could infer that the killing was intentional. [Emphasis added.]

[85] Ultimately, it is thus of no moment that the trial judge's instruction rested on a misunderstanding of the Crown's position. What matters is that the jury was told *by the judge* that it could draw, in respect of the critical issue in the case, an inference prohibited by law. This misdirection would have been no less fatal if Crown counsel had *also* urged the jury to draw that same impermissible inference. On the contrary, where counsel for either side advances a theory contrary to law or suggests an impermissible use of evidence, trial judges are bound to set the record straight. Reiterating without correction an erroneous submission by counsel differs neither in law nor in effect from a misdirection of the judge's own making.

[86] It should never be forgotten that, in the eyes of a jury, the trial judge occupies a position "of great power and prestige which gives his every word an especial significance": *R. v. Torbiak* (1974), 26 C.R.N.S. 108 (Ont. C.A.), at pp. 109-10, *per Kelly J.A.*, cited with approval in *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39, at pp. 44-45. As I have written elsewhere, just as experienced counsel are ever anxious to discover the judge's mind, so too are jurors: *R. v. Bisson*, [1997] R.J.Q. 286 (C.A.), at p. 323, dissent affirmed, [1998] 1 S.C.R. 306.

[87] And they find the judge's mind in the judge's words. When a trial judge repeats without correction an assertion by counsel that is erroneous in law, jurors, understandably, will find in the judge's words a tacit approval of the proposition erroneously advanced by counsel.

[88] It has long been recognized that jurors should be presumed to act in accordance with the judge's *instructions as given* and not on what the judge *may have intended them to convey*:

directive du juge du procès sur le droit applicable. Par conséquent, il serait entendu que si les jurés arrivaient à la conclusion que l'appelant n'a pas vérifié l'état de l'agent blessé avant de décider de s'enlever la vie, ils pourraient inférer que le meurtre était intentionnel. [Je souligne.]

[85] En définitive, il n'est pas pertinent que la directive du juge ait été fondée sur une mauvaise compréhension de la position du ministère public. Ce qui importe, c'est que *le juge* ait dit aux jurés qu'ils pouvaient — quant à une question décisive en l'espèce — tirer une inférence prohibée. Cette directive erronée n'aurait pas été moins fatale si l'avocate du ministère public avait, elle *aussi*, invité les jurés à tirer la même inférence prohibée. Au contraire, lorsque l'avocat de l'une ou l'autre partie avance une théorie contraire à la loi ou suggère une utilisation inacceptable de la preuve, les juges du procès sont tenus de remettre les pendules à l'heure. Répéter l'argument erroné d'un avocat sans le corriger revient, en droit et en fait, à donner des directives erronées.

[86] Il ne faut jamais oublier que, aux yeux d'un jury, [TRADUCTION] « en raison du grand pouvoir et du prestige qui se rattachent à son poste, tout ce que peut dire un juge [du procès] revêt une importance toute particulière » : *R. c. Torbiak* (1974), 26 C.R.N.S. 108 (C.A. Ont.), p. 109-110, le juge Kelly; propos cités et approuvés dans *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39, p. 44-45. Comme je l'ai déjà précisé ailleurs, les avocats d'expérience sont impatients de connaître l'opinion du juge et il en est de même pour les jurés : *R. c. Bisson*, [1997] R.J.Q. 286 (C.A.), p. 323, dissidence confirmée, [1998] 1 R.C.S. 306.

[87] C'est par les mots que le juge traduit son opinion. Quand un juge du procès répète l'affirmation erronée en droit d'un avocat sans la corriger, les jurés, naturellement, considèrent les propos du juge comme une approbation tacite de l'argument erroné en question.

[88] Il est reconnu depuis longtemps que les jurés doivent être présumés agir conformément *aux directives* du juge *telles qu'elles ont été données* et non en appliquant les directives que le juge *pourrait avoir voulu leur donner* :

[I]t is not what the Judge intended but what his words as uttered would convey to the minds of the jury which is the decisive matter. Even if the matter were evenly balanced, . . . and the language used were merely just as capable of the one meaning as the other, the position would be that the jury would be as likely to take the words in the sense in which it was forbidden to use them as in the innocuous sense and in such circumstances I think the error would be fatal.

(*R. v. Gallagher* (1922), 63 D.L.R. 629 (Alta. C.A.), at p. 630, *per* Stuart J.A., cited with approval by this Court in *Bigaouette v. The King*, [1927] S.C.R. 112, at p. 114; *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19, at p. 24.)

[89] Justice LeBel expresses reservations concerning the rule that any ambiguity in a judge's charge must necessarily be resolved in favour of the accused. According to my colleague, this rule "seems to be based on the strict constructionist approach to interpreting penal legislation that developed in the eighteenth century, when criminal law sanctions were especially severe" (para. 38), but is today a "principle of last resort that does not supersede a purposive and contextual approach to interpretation" (para. 38).

[90] With respect, we are not concerned in this case with the contemporary relevance of the long-established rule that ambiguous statutes should be interpreted in favour of the accused. That rule was recently reaffirmed by this Court in *R. v. C.D.*, 2005 SCC 78, [2005] 3 S.C.R. 668, at para. 50 (*aff'g R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at para. 29). Our concern, rather, is with a charge to the jury that left it open to the jurors to draw an impermissible inference. In my view, the judge's instruction was plainly erroneous in law, rather than "confus[ing]" (LeBel J., at para. 34). But even if it were merely "confusing", any uncertainty as to its meaning and effect would surely have to be resolved in the accused's favour — not in favour of the Crown.

VI

[91] Finally, a brief comment on Justice LeBel's discussion of the simultaneous translation at the

[TRADUCTION] [C]e n'est pas ce que le juge a voulu dire qui est décisif, mais bien le message qu'ont transmis les mots qu'il a prononcés à l'intention des jurés. Même si le propos était équilibré, [. . .] et que les termes choisis pouvaient aussi bien exprimer une thèse que l'autre, le jury pourrait interpréter les paroles du juge tout autant de la manière prohibée que dans leur sens inoffensif et, dans de telles circonstances, j'estime que l'erreur serait fatale.

(*R. c. Gallagher* (1922), 63 D.L.R. 629 (C.A. Alb.), p. 630, le juge Stuart, propos cités et approuvés par la Cour dans *Bigaouette c. The King*, [1927] R.C.S. 112, p. 114; *Latour c. The King*, [1951] R.C.S. 19, p. 24.)

[89] Le juge LeBel exprime des réserves à l'égard de l'affirmation selon laquelle toute incertitude que peut comporter un exposé doit, systématiquement, être résolue en faveur de l'accusé. Selon mon collègue, cette règle « semble reposer sur le principe de l'interprétation stricte de la législation pénale qui a été élaboré au dix-huitième siècle, soit à une époque où les sanctions pénales étaient particulièrement sévères » (par. 38), mais aujourd'hui, il s'agit d'un principe de « dernier ressort et il ne prévaut pas sur une interprétation fondée sur l'objet et le contexte » (par. 38).

[90] Avec égards, nous ne sommes pas appelés en l'espèce à nous pencher sur la pertinence actuelle de la règle, établie depuis longtemps, voulant que les lois ambiguës soient interprétées en faveur de l'accusé. Cette règle a d'ailleurs été réaffirmée récemment par la Cour dans *R. c. C.D.*, 2005 CSC 78, [2005] 3 R.C.S. 668, par. 50 (*conf. R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 29). Nous devons plutôt examiner un exposé qui permettrait aux jurés de tirer une inférence prohibée. À mon avis, la directive du juge était manifestement erronée en droit, non pas « confus[e] » (le juge LeBel, par. 34). Quoi qu'il en soit, même si la directive n'était que « confus[e] », toute incertitude quant au sens et à l'effet qu'il faut lui donner devrait assurément être résolue en faveur de l'accusé — pas en faveur du ministère public.

VI

[91] Enfin, il y a lieu de faire un bref commentaire quant aux propos du juge LeBel sur l'interprétation

appellant's trial, which was conducted in English and Inuktitut.

[92] Justice LeBel finds that some of the "confusion" surrounding the trial judge's concluding statement on intent "might be explained in part by the potential for transcription difficulties at trial" (para. 34). My colleague considers that "[i]n the case of a trial conducted in two languages, the natural breaks between topics may not be as clear as usual, given the constant interruptions required for translation" (para. 34).

[93] I agree that transcripts do not always record fully or accurately everything that in fact was said. Appellate courts must nonetheless rely on the record as they have it. Where the trial record is limited to transcripts, appellate review cannot proceed on any other basis.

[94] Those of us who have conducted or participated in bilingual trials know from experience that interpreted proceedings invite closer scrutiny to ensure the integrity of the transcripts. In the absence of a factual foundation, however, appellate courts cannot excuse errors disclosed by the record on the speculative ground of its possible imperfections.

[95] On the materials before us, nothing suggests to me that the erroneous instructions of the trial judge in this case are a function of miscommunication arising from the bilingual proceedings at trial, or the misplacement of certain paragraphs in the transcript.

VII

[96] I end as I began.

[97] The only real issue at trial was whether the appellant had acted with the requisite intent for murder. In this Court, the decisive question is whether the trial judge misdirected the jury in that regard. For the reasons given, and with great respect, I believe that he did.

simultanée au procès de l'appelant, qui s'est déroulé en anglais et en inuktitut.

[92] Le juge LeBel pense qu'une partie de la « confusion » qui entoure la conclusion du juge du procès sur l'intention « est susceptible de s'expliquer en partie par les difficultés que peut poser la transcription lors d'un procès » (par. 34). Mon collègue estime que « [d]ans le cas d'un procès qui se déroule dans deux langues, il est possible que les pauses naturelles entre les sujets traités ne soient pas aussi évidentes qu'à l'habitude compte tenu des interruptions constantes que nécessite la traduction » (par. 34).

[93] Je conviens que les transcriptions ne témoignent pas toujours de façon complète ou fidèle de tout ce qui a été dit. Les tribunaux d'appel doivent néanmoins se fonder sur le dossier qui leur a été soumis. Quand le dossier du procès ne contient que les transcriptions, il est impossible de procéder à l'examen en appel sur un autre fondement.

[94] Les juges qui ont mené des procès bilingues ou qui y ont participé savent, par expérience, qu'il faut porter une attention particulière à l'intégrité des transcriptions lorsqu'il y a intervention d'un interprète. Toutefois, en l'absence de faits, les tribunaux d'appel ne peuvent excuser les erreurs qui figurent dans le dossier au motif hypothétique qu'il contient de possibles imperfections.

[95] Compte tenu des éléments dont nous disposons, rien ne me porte à croire que les directives erronées du juge du procès, en l'espèce, découlent des problèmes de communication dus au bilinguisme du procès ou du mauvais découpage de certains paragraphes dans la transcription.

VII

[96] Je termine de la façon dont j'ai commencé.

[97] La seule question en litige était celle de savoir si l'appelant avait l'intention requise pour commettre un meurtre au moment où il a agi. Devant notre Cour, la question déterminante est celle de savoir si le juge du procès a donné des directives erronées au jury à cet égard. Pour les motifs exposés, et avec égards, je crois que oui.

[98] Though they divided as to the result, all three judges in the Court of Appeal agreed that the judge's charge had indeed invited the jury to consider the appellant's post-offence conduct in deciding whether he was guilty of murder or manslaughter: see Watson J.A., for the majority, at paras. 103-4 and 108-9; Martin J.A., dissenting, at paras. 122-25.

[99] Watson J.A. concluded as follows:

While the trial judge should have refrained from putting this position [regarding the appellant's post-offence conduct] to the jury, I am not persuaded that a substantial wrong or miscarriage of justice occurred. [para. 109]

[100] I note in passing that Watson J.A., having found that the trial judge had erred in law, adopted the wrong legal test in applying the curative proviso. Once legal error was established, the burden was *on the Crown* to persuade the court that *no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred*. The appellant, having established error, was not bound to establish the contrary.

[101] In my view, the Crown has not discharged that burden on this appeal. The trial judge's erroneous instruction cannot be characterized as "harmless" or "having no impact on the verdict": see *Khan*, at para. 26. Nor can the evidence pointing to the appellant's guilt of murder, as opposed to manslaughter, be described as "so overwhelming that any other verdict but a conviction [for murder] would be impossible": *Khan*, at para. 31. On this branch of the test, we must bear in mind not only the appellant's evidence that he never intended to shoot Cst. Seewald, but also the evidence of the Crown's own witness as to the potential effect of pepper spray on the appellant's mental state, and the fact that the shooting occurred in the course of a struggle during which both the constable and the appellant had both hands on the weapon.

[98] En dépit de leur désaccord quant à l'issue de l'affaire, les trois juges de la Cour d'appel ont convenu que l'exposé du juge avait bel et bien invité le jury à examiner le comportement de l'appelant postérieur à l'infraction pour décider s'il était coupable de meurtre ou d'homicide involontaire coupable : voir le juge Watson, au nom de la majorité, par. 103-104 et 108-109; le juge Martin, dissident, par. 122-125.

[99] Le juge Watson a conclu comme suit :

[TRADUCTION] Même si le juge du procès aurait dû s'abstenir de présenter cette position [à propos du comportement de l'appelant postérieur à l'infraction] au jury, je ne suis pas convaincu qu'un tort important ou une erreur judiciaire grave s'est produit. [par. 109]

[100] Je signale en passant que le juge Watson, après avoir conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit, a adopté le mauvais critère juridique en appliquant la disposition réparatrice. Dès que l'erreur de droit a été établie, il incombait *au ministère public* de convaincre la cour qu'*aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'était produit*. Comme l'appelant avait prouvé qu'il y avait eu erreur, il n'était pas tenu de faire la preuve contraire.

[101] À mon avis, dans le présent pourvoi, le ministère public ne s'est pas acquitté de ce fardeau. La directive erronée du juge du procès ne peut être considérée comme une erreur « inoffensive » ou comme une erreur « qui n'[a] aucune incidence sur le verdict » : voir *Khan*, par. 26. La preuve qui tend à établir la culpabilité pour meurtre de l'appelant, plutôt que pour homicide involontaire coupable, ne peut pas non plus être considérée comme étant « à ce point accablante qu'il serait impossible d'obtenir un verdict autre qu'une déclaration de culpabilité [pour meurtre] » : *Khan*, par. 31. En ce qui concerne ce volet de l'analyse, nous devons non seulement tenir compte du témoignage de l'appelant selon lequel il n'a jamais eu l'intention d'abattre l'agent Seewald, mais également de la déposition du témoin du ministère public sur l'effet que peut avoir eu le gaz poivré sur l'état mental de l'appelant et du fait que le coup de feu a été tiré lors d'une bagarre au cours de laquelle l'agent et l'appelant avaient tous les deux les mains sur l'arme.

[102] In *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, the Court emphasized the very high threshold that the “overwhelming” standard imports. Justice Deschamps, writing for the majority, explained at para. 82 that the “overwhelming standard” “is a substantially higher one than the requirement that the Crown prove its case ‘beyond a reasonable doubt’ at trial”. As Justice Deschamps noted, this “higher standard” reflects the difficulties that appellate courts face when considering “retroactively the effect that, for example, excluding certain evidence could reasonably have had on the outcome”. This will particularly be the case for jury trials where “no detailed findings of fact will have been made” (para. 82).

[103] In the result, I would allow the appeal, set aside the appellant’s conviction, and order a new trial.

Appeal dismissed, BINNIE and FISH JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Beresh Cunningham Aloneissi O’Neill Hurley, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Edmonton.

[102] Dans *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, la Cour a insisté sur le seuil très exigeant qu’il faut franchir pour satisfaire à la norme de la preuve « accablante ». La juge Deschamps, rédigeant au nom de la majorité, a expliqué au par. 82 que la « norme de la preuve accablante » « est beaucoup plus élevée que celle voulant que le ministère public prouve ses allégations “hors de tout doute raisonnable” lors du procès ». Comme la juge Deschamps l’a fait remarquer, cette « norme plus élevée » reflète les difficultés que les tribunaux d’appel éprouvent lorsqu’ils déterminent « rétroactivement quel effet, par exemple, l’exclusion de certains éléments de preuve aurait raisonnablement pu avoir sur l’issue du procès ». C’est surtout le cas des procès avec jury où les tribunaux d’appel « ne dispose[nt] pas de conclusions détaillées sur les faits » (par. 82).

[103] Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler la déclaration de culpabilité de l’appelant et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, les juges BINNIE et FISH sont dissidents.

Procureurs de l’appelant : Beresh Cunningham Aloneissi O’Neill Hurley, Edmonton.

Procureur de l’intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Edmonton.

Michel Marcotte *Appellant*

v.

City of Longueuil *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

- and -

Usinage Pouliot Inc. *Appellant*

v.

City of Longueuil *Respondent*

INDEXED AS: MARCOTTE v. LONGUEUIL (CITY)

Neutral citation: 2009 SCC 43.

File Nos.: 32213, 32214.

2009: January 19; 2009: October 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil procedure — Class action — Conditions for authorizing action — Applications for authorization to institute class actions in order to seek declarations that municipal by-laws imposing property and business taxes are null and claim refund of taxes paid — Whether class actions should be authorized — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 4.2, 1003.

To alleviate the financial shock the municipal amalgamations of 2000 might entail, the National Assembly established a scheme to gradually equalize the tax burdens of the amalgamated sectors over a period of 20 years. The *Charter of Ville de Longueuil* capped yearly increases in the tax burden of each sector of the new City of Longueuil at 5%, but did not establish a direct ceiling for the tax imposed on each unit of assessment. The Charter provided for a similar sector-by-sector ceiling on revenues derived from the business tax imposed on

Michel Marcotte *Appellant*

c.

Ville de Longueuil *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

- et -

Usinage Pouliot Inc. *Appellant*

c.

Ville de Longueuil *Intimée*

RÉPERTORIÉ : MARCOTTE c. LONGUEUIL (VILLE)

Référence neutre : 2009 CSC 43.

N^{os} du greffe : 32213, 32214.

2009 : 19 janvier; 2009 : 8 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Procédure civile — Recours collectif — Conditions d'ouverture du recours — Demandes d'autorisation pour intenter des recours collectifs pour faire invalider des règlements municipaux imposant des taxes foncières et d'affaires et pour réclamer le remboursement des taxes payées — Les recours collectifs doivent-ils être autorisés? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 4.2, 1003.

Afin d'atténuer le choc financier susceptible d'être provoqué par les fusions municipales en 2000, l'Assemblée nationale a édicté un régime d'égalisation graduelle des fardeaux fiscaux des différents secteurs à fusionner sur une période de 20 ans. La *Charte de la Ville de Longueuil* plafonne à 5 % l'augmentation annuelle du fardeau fiscal de chaque secteur de la nouvelle Ville de Longueuil, mais ne plafonne pas directement la taxe imposée à chaque unité d'évaluation. La Charte prévoit un plafonnement sectoriel semblable des revenus

businesses. In 2006, four of the amalgamated municipalities were reconstituted and separated from the territory of the City of Longueuil. Two ratepayers, M and UP, who were dissatisfied with the assessment of their tax burdens before the demerger of their respective sectors, applied separately for authorization to institute class actions to quash the municipal by-laws imposing property taxes and the business tax for 2003, 2004 and 2005 in four sectors of the municipality and obtain a refund, in respect of 2005, of the taxes that had been paid by the ratepayers covered by the proposed actions. They also contested resolutions of the municipal council related to those by-laws. The Quebec Superior Court and the Quebec Court of Appeal denied them authorization on the basis that even though M and UP had established *prima facie* cases, the Quebec Court of Appeal had consistently held that the class action could not be used to challenge the validity of a municipal by-law. Since the result of an individual action in nullity would apply in respect of all ratepayers, if such an action was successful, the declaration of nullity would achieve the desired result in respect of all ratepayers without the need for a class action.

Held (McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Cromwell JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

Per LeBel, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.: In light of art. 1003 C.C.P., it was not open to M and UP to institute class actions in order to have the municipal by-laws declared to be null and to recover payments made under them. It is undisputed that there are common questions (art. 1003(a)) and that the representatives are qualified to represent the groups (art. 1003(d)), but the existence of a *prima facie* case (art. 1003(b)) and the composition of the groups (art. 1003(c)), having regard to the nature of the conclusions being sought, are problematic. [14] [23]

Because of the way they are worded, the conclusions being sought are unenforceable as regards the city's obligation to refund. Although a declaration of nullity would apply in respect of all citizens and ratepayers in the municipality in question, the quashing of the by-laws would not result in a right to have the taxes refunded, as it would not immediately give rise to liquid and exigible claims. In light of the taxation and budgetary system governing municipalities such as the city, the declarations of nullity would entitle the members of the groups to a recalculation of their property or business taxes. Only such a recalculation would give rise to a liquid and exigible claim, which would cause prescription to start running in respect of an action for restitution. The

de la taxe d'affaires imposée aux entreprises. À compter de 2006, quatre des municipalités fusionnées sont reconstituées et détachées du territoire de la Ville de Longueuil. Mécontents de l'évaluation de leur fardeau fiscal avant la défusion de leurs secteurs respectifs, deux contribuables, M et UP, demandent l'autorisation d'intenter des recours collectifs distincts afin d'obtenir l'annulation de règlements municipaux imposant, en 2003, 2004 et 2005, les taxes foncières et la taxe d'affaires dans quatre secteurs de la municipalité ainsi que le remboursement pour l'année 2005 des taxes acquittées par les contribuables visés par les recours projetés. Ils contestent aussi des résolutions du conseil municipal relatives à ces règlements. La Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec refusent l'autorisation au motif que, même si M et UP avaient établi l'existence d'une apparence de droit suffisante, une jurisprudence constante de la Cour d'appel du Québec ne permet pas l'utilisation du recours collectif pour attaquer la validité d'un règlement municipal. Puisque le recours individuel en nullité opère *erga omnes*, s'il réussit, la déclaration de nullité atteint le but recherché pour l'ensemble des contribuables, sans qu'il soit nécessaire de passer par la voie collective.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps et Cromwell sont dissidents) : Les pourvois sont rejetés.

Les juges LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein : M et UP ne pouvaient procéder par la voie du recours collectif en vertu de l'art. 1003 C.p.c. pour faire invalider les règlements municipaux et pour recouvrer les paiements faits sous leur autorité. L'existence des questions communes (al. 1003a) et les qualités des représentants (al. 1003d) ne sont pas en cause, mais l'apparence de droit (al. 1003b) et la composition des groupes visés (al. 1003c) au regard de la nature des conclusions demandées posent problème. [14] [23]

En raison de leur formulation, les conclusions demandées demeurent inexécutaires quant à l'obligation de remboursement de la ville. Bien qu'une déclaration de nullité vaudrait à l'égard de tous les citoyens et contribuables de la municipalité en cause, l'annulation des règlements ne créerait pas un droit au remboursement des taxes, car elle ne ferait pas naître immédiatement des créances liquides et exigibles. Vu le système fiscal et budgétaire qui régit les municipalités comme la ville, les déclarations de nullité feraient des membres des groupes les titulaires d'un droit à un nouveau calcul de leurs taxes foncières ou d'affaires. Seule cette opération ferait apparaître une créance liquide et exigible, dont la naissance déclencherait le cours de la

proposed class actions would thus be of no assistance in interrupting prescription, since prescription has not yet started to run. Furthermore, the requests that all property and business taxes paid in the four sectors covered by the proposed class actions be refunded do not appear to be compatible with the principles of the *Civil Code of Quebec* governing the restitution of payments not due and the restitution of prestations. Whereas M and UP received municipal services throughout 2003, 2004 and 2005, the dispute over the calculation of their taxes concerns only a portion of what they paid. It is therefore unlikely that the amount of their claim would correspond to the amount they are seeking. Given this legal framework and this context, the conclusion being sought does not meet the *prima facie* case requirement of art. 1003(b) C.C.P. [26] [28] [33-36] [39]

The action in nullity also gives rise to difficulties related to the operation of certain procedural rules governing the establishment of and changes to the group covered by a class action. Thus, because of the fact that such a declaration would apply in respect of all rate-payers, members of the group would not be able to withdraw effectively from the action in nullity. This is contrary to the rules respecting the institution and conduct of class actions. [40]

Finally, the class action is not an appropriate procedure for seeking to quash a municipal by-law. Although the actions M and UP wish to institute fall undeniably within the ambit of art. 33 C.C.P., other causes of nullity, such as formal defects and irregularities, would instead fall within the framework of annulment proceedings over which the Superior Court is granted jurisdiction in statutes relating to municipalities. Recourse to the class action in such situations could hamper the conduct of proceedings that are in principle simple and quick, and would hardly be consistent with the principle of proportionality set out in art. 4.2 C.C.P., according to which litigation must be consistent with the principles of good faith and of balance between litigants and must not result in an abuse of the public service provided by the institutions of the civil justice system. [27] [41] [43]

Per McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Cromwell J.J. (dissenting): The application of art. 4.2 C.C.P. to the conditions for authorizing a class action does not support the conclusion that a class action would in this case be inconsistent with the principle of proportionality. Since the proposed actions meet all the conditions set out in the *Code of Civil Procedure*, they should have been authorized. [130]

prescription d'un recours en restitution. Les recours collectifs projetés ne sont donc d'aucune utilité pour interrompre une prescription dont le point de départ n'est pas encore survenu. De plus, quant aux demandes de remboursement de toutes les taxes foncières et d'affaires versées dans les quatre secteurs visés par les projets de recours collectifs, elles paraissent peu compatibles avec les principes du *Code civil du Québec* gouvernant la répétition de l'indu et la restitution des prestations. Alors que M et UP ont reçu des services municipaux au cours des années 2003, 2004 et 2005, le conflit sur le calcul de leurs impôts ne touche qu'une fraction de ceux-ci. Il reste donc peu probable que le montant de leur créance corresponde à celui de leur demande. Dans ce cadre juridique et dans ce contexte, la conclusion recherchée ne répond pas au critère de l'apparence de droit sérieuse exigée par l'al. 1003b) C.p.c. [26] [28] [33-36] [39]

Le recours en nullité suscite aussi des difficultés quant au fonctionnement de certaines règles de procédure gouvernant la formation et l'évolution du groupe visé par un recours collectif. En effet, les membres du groupe ne pourraient se désengager effectivement de la demande de nullité, en raison de son effet à l'égard de l'ensemble des contribuables, contrairement à ce que prévoient les règles relatives à l'institution et à la conduite des recours collectifs. [40]

Enfin, le recours collectif ne représente pas une voie appropriée pour la présentation d'une demande d'annulation d'un règlement municipal. Bien que les recours que veulent instituer M et UP se situent indéniablement dans le cadre de l'art. 33 C.p.c., d'autres causes de nullité comme des défauts de forme ou des irrégularités se situeraient plutôt dans le cadre des recours en cassation attribués à la compétence de la Cour supérieure par des lois municipales. L'usage du recours collectif dans de pareilles situations risquerait d'affecter le fonctionnement de recours en principe simples et rapides, et ne respecterait guère le principe de la proportionnalité énoncé à l'art. 4.2 C.p.c. qui veut que le recours à la justice respecte les principes de la bonne foi et de l'équilibre entre les plaideurs et n'entraîne pas une utilisation abusive du service public que forment les institutions de la justice civile. [27] [41] [43]

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps et Cromwell (dissidents) : L'application de l'art. 4.2 C.p.c. aux conditions d'autorisation du recours collectif ne permet pas de conclure en l'espèce que cette procédure ne respecte pas le principe de proportionnalité. Puisque les recours projetés respectent toutes les conditions requises par le *Code de procédure civile*, ils auraient dû être autorisés. [130]

Article 4.2 C.C.P. on the principle of proportionality does not supplement the criteria for authorizing a class action set out in art. 1003 C.C.P. and therefore does not confer on the court a discretion separate from the one flowing from the latter provision. Proportionality is a guiding principle of civil procedure that cannot be applied independently. The purpose of art. 4.2 C.C.P. is to reinforce the authority of the judge as case manager. The effect of the principle of proportionality on art. 1003 C.C.P. is to give concrete expression to and to reinforce the discretion judges are already recognized as having when reviewing each of the four conditions for authorizing a class action. The enactment of art. 4.2 C.C.P. did not have the effect of requiring applicants for authorization to show that the class action would be the preferable procedure for resolving common issues. The effect of requiring applicants to prove this would be to limit access to the class action. [63-67] [81] [84-85]

In this case, a thorough analysis by the courts below of the four conditions for authorizing a class action was required. The actions easily meet the similar questions requirement of art. 1003(a), and this is not a case in which a judge should exercise his or her discretion to decide whether to authorize or refuse the actions. What is in issue for all the members relates to the city's compliance with the ceiling on increases in the tax burden and the business tax. The same by-laws are in issue for all members of the groups. The questions of law are therefore identical. The only difference in M's appeal lies in the factual demonstration based on the specific figures for each of the four sectors. Moreover, the calculations are the same for every ratepayer in a given sector. At stake for all the members is the right to recover taxes paid. [85] [89]

The claims of M and UP have a "good colour of right" as required by art. 1003(b) C.C.P. This is, *prima facie*, a case of excess of jurisdiction in which it is alleged that the exercise of taxing authority was inconsistent with the *Charter of Ville de Longueuil*. The information that has been provided is, *prima facie*, capable of supporting an inference that the 5% ceiling on yearly increases in the tax burden and in the business tax was exceeded. As for the impugned resolutions, they identify specific amounts rather than prescribing, as required by s. 87.5 of the Charter, rules for calculating the part of the tax increase resulting from the constitution of the city. Moreover, the remedy — a tax refund — sought by M and UP represents an application of the general rule on quashing an administrative act. The amount paid by each ratepayer would be easy to determine. It would be a liquid amount whose exigibility would hinge solely on

L'article 4.2 C.p.c. relatif au principe de la proportionnalité n'ajoute pas aux critères d'autorisation du recours collectif prévus par l'art. 1003 C.p.c. et n'accorde donc pas au tribunal un pouvoir discrétionnaire indépendant de celui découlant de cet article. La proportionnalité constitue un principe directeur de la procédure civile qui n'est pas susceptible d'application autonome. L'article 4.2 C.p.c. a pour objectif de renforcer l'autorité du juge comme gestionnaire de l'instance. L'effet du principe de la proportionnalité sur l'art. 1003 C.p.c. concrétise et renforce la marge d'appréciation déjà reconnue au juge dans l'examen de chacune des quatre conditions d'autorisation du recours collectif. L'adoption de l'art. 4.2 C.p.c. n'a pas eu pour effet d'obliger le demandeur d'autorisation à démontrer que la procédure collective constituait le meilleur moyen de régler les questions communes. Imposer ce fardeau au demandeur aurait pour effet de limiter l'accès à cette procédure. [63-67] [81] [84-85]

Dans la présente affaire, une analyse complète des quatre conditions d'autorisation des recours collectifs par les instances inférieures s'imposait. Les demandes satisfont facilement au critère de la similarité des questions prévu par l'al. 1003a), et il ne s'agit pas d'un cas où le juge devrait utiliser sa marge d'appréciation pour décider d'accepter ou de refuser les recours. Pour chacun des membres, le fond du litige concerne le respect par la ville de la limite d'augmentation du fardeau fiscal et de la taxe d'affaires. Les mêmes textes réglementaires sont en cause pour tous les membres des groupes. Les questions de droit sont donc identiques. Seule la démonstration factuelle fondée sur les données propres à chacun des quatre secteurs diffère dans le pourvoi de M. Par ailleurs, les calculs sont les mêmes pour chacun des contribuables d'un secteur donné. Pour tous se pose la question du droit à la répétition des taxes. [85] [89]

Les prétentions de M et UP ont une « apparence sérieuse de droit » au sens de l'al. 1003b) C.p.c. Il s'agit, à première vue, d'un cas d'excès de compétence où le pouvoir de taxation de la ville n'aurait pas été exercé conformément à la *Charte de la Ville de Longueuil*. Les données fournies permettent, à première vue, d'inférer que le plafond de 5 % d'augmentation annuelle du fardeau fiscal et de la taxe d'affaires a été dépassé. Quant aux résolutions contestées, elles identifient des montants spécifiques au lieu de prévoir, comme l'exige l'art. 87.5 de la Charte, des règles de calcul permettant de déterminer la part de l'augmentation de taxes qui découle de la constitution de la ville. De plus, les conclusions recherchées par M et UP, soit le remboursement des taxes, découlent de l'application de la règle générale en matière d'annulation d'un acte administratif. Le montant payé par chaque contribuable est facile

an order of the court declaring the administrative act to be null. If a plaintiff contends that a public body has acted contrary to an enabling statute, the court cannot dismiss the action on the basis that the conclusions sought would have dire consequences. To hold that the courts have such a discretion would amount to granting immunity to municipalities, which would be inconsistent with the principle of the division of powers. Finally, the question whether the action for restitution is prescribed in respect of 2003 and 2004 requires an assessment of the facts, and it would be unwise to answer it at the stage of the application for authorization. The trial judge will be able, upon application, to reconsider this question. [94-103]

Regarding art. 1003(c) C.C.P., no explanation has been given as to why it might be more practicable to pursue the claim for restitution — which is common to all the members — by mandate or by joinder. It is incorrect to characterize the action as a simple request to quash the by-law and to state that bringing a class action would be pointless because the judgment would have effect with regard to everyone. It is true that, acting individually, M and UP might obtain declarations of nullity that would apply in respect of all ratepayers, but if their actions for the recovery of taxes were successful, only M and UP would benefit from orders to refund taxes. The actions in restitution of the other ratepayers could be prescribed even before a final judgment was rendered in the individual actions of M and UP. Article 2900 C.C.Q. on the interruption of prescription does not apply to an action for the recovery of municipal taxes, because the possible claim of the ratepayers is not indivisible and each ratepayer has an individual and distinct obligation to the city to pay his or her own taxes. Finally, there is no requirement in Quebec law that the members of a class action group not have conflicting interests. In Quebec, members with divergent interests can ask to be excluded from the action: arts. 1005 to 1007 C.C.P. In the cases at bar, it is clear that it would be far more practicable to proceed by way of class actions than by way of individual proceedings. The application of the principle of proportionality here enhances the usefulness of the class action, which clearly facilitates access to justice. [110] [115-116] [121] [124] [127]

As for the condition provided for in art. 1003(d) C.C.P., M and UP have shown that they are in a position to represent the members of their respective groups adequately. [128]

à établir. Il s'agit d'une somme liquide, dont l'exigibilité ne dépend que de l'ordonnance du tribunal qui prononce la nullité de l'acte administratif. Si un demandeur prétend qu'un organisme public a agi en contravention avec une loi habilitante, le tribunal n'a pas le droit de rejeter le recours au motif que les conclusions recherchées entraîneraient des inconvénients majeurs. Reconnaître aux tribunaux un tel pouvoir discrétionnaire équivaldrait à accorder une immunité aux municipalités, ce qui contreviendrait au principe du partage des pouvoirs. Enfin, la question de savoir si la demande de répétition de l'indu est prescrite pour les années 2003 et 2004 requiert une évaluation des faits, et il ne serait pas prudent de la trancher au stade de la demande d'autorisation du recours collectif. Le juge du fond pourra, sur demande, réexaminer cette question. [94-103]

En ce qui concerne l'al. 1003c) C.p.c., aucun motif n'a été invoqué pour justifier que la demande de répétition de l'indu — commune à tous les membres — pourrait, de façon plus pratique, être soumise par voie de mandat ou de réunion des demandeurs. Il est inexact de qualifier le recours de simple demande d'annulation du règlement et d'affirmer que le recours collectif est inutile au motif que le jugement produira ses effets à l'égard de tous. En agissant individuellement, M et UP pourraient certes obtenir une déclaration de nullité qui vaudrait pour tous les contribuables, mais en cas de succès de leur demande en répétition de taxes, seuls M et UP bénéficieraient d'une ordonnance de remboursement de taxes. Les actions des autres contribuables en répétition pourraient être prescrites avant même qu'un jugement final ait été rendu sur les actions individuelles de M et UP. En effet, l'art. 2900 C.c.Q. relatif à l'interruption de la prescription n'est pas applicable à l'action en restitution visant des taxes municipales, car la créance éventuelle des contribuables n'est pas indivisible et chaque contribuable a, envers la ville, l'obligation individuelle et distincte de payer ses propres taxes. Enfin, il n'existe aucune exigence en droit québécois requérant que les membres d'un groupe qui exerce un recours collectif n'aient pas d'intérêts opposés. Au Québec, les membres qui auraient des intérêts divergents ont la possibilité de s'exclure du recours : art. 1005 à 1007 C.p.c. En l'espèce, il est évident qu'il est beaucoup plus pratique de procéder par voie de recours collectif que par voie de recours individuel. L'application du principe de la proportionnalité rehausse l'utilité du recours collectif, qui facilite clairement l'accès à la justice. [110] [115-116] [121] [124] [127]

Pour ce qui est de la condition prévue par l'al. 1003d) C.p.c., M et UP ont démontré qu'ils sont en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres de leurs groupes respectifs. [128]

Cases Cited

By LeBel J.

Applied: *Bouchard v. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349; *Françœur v. Municipalité régionale de comté d'Acton*, [1985] R.D.J. 511; *Comité de citoyens et d'action municipale de St-Césaire v. Ville de St-Césaire*, [1986] R.J.Q. 1061; *Gravel v. Corporation municipale de la paroisse de La Plaine*, [1988] R.D.J. 60; *Vena v. Montréal (Ville)*, [2002] J.Q. n° 4807 (QL); **referred to:** *Breslaw v. Montréal (City)*, 2009 SCC 44, [2009] 3 S.C.R. 131; *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 SCC 51, [2001] 2 S.C.R. 743; *Nault v. Canadian Consumer Co.*, [1981] 1 S.C.R. 553; *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec v. Quebec Urban Community Transit Commission*, [1981] 1 S.C.R. 424; *Comité d'environnement de La Baie Inc. v. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée*, [1990] R.J.Q. 655; *Château v. Placements Germarich Inc.*, [1990] R.D.J. 625; *Tremaine v. A.H. Robins Canada Inc.*, [1990] R.D.J. 500; *Thompson v. Masson*, [1993] R.J.Q. 69; *Pharmascience Inc. v. Option Consommateurs*, 2005 QCCA 437, [2005] R.J.Q. 1367; *Robertson v. City of Montreal (1915)*, 52 S.C.R. 30; *Corporation du village de Deschênes v. Loveys*, [1936] S.C.R. 351; *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347; *Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Sainte-Foy*, [1983] 1 S.C.R. 403; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Québec (Sous-ministre du Revenu) v. B.D.*, [2002] R.J.Q. 54; *Amusements St-Gervais inc. v. Legault*, [2000] J.Q. n° 687 (QL); *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326.

By Deschamps J. (dissenting)

Françœur v. Municipalité régionale de comté d'Acton, [1985] R.D.J. 511; *Comité de citoyens et d'action municipale de St-Césaire v. Ville de St-Césaire*, [1986] R.J.Q. 1061; *Gravel v. Corporation municipale de la paroisse de La Plaine*, [1988] R.D.J. 60; *Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Sainte-Foy*, [1983] 1 S.C.R. 403; *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3; *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347; *Boutique Linen Chest (Phase II) Inc. v. Wise* (1997), 80 C.P.R. (3d) 540; *Lownds v. Home Office*, [2002] EWCA Civ 365, [2002] 4 All E.R. 775; *Rogers v. Merthyr Tydfil County Borough Council*, [2006] EWCA Civ 1134, [2007] 1 All E.R. 354; *Callery v. Gray (Nos 1 and 2)*, [2002] UKHL 28, [2002] 3 All E.R. 417; *Hashtrودي v. Hancock*, [2004] EWCA Civ 652, [2004] 3 All E.R. 530; *Leigh v. Michelin Tyre plc*, [2003] EWCA Civ 1766, [2004] 2 All E.R. 175; *Total*

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Arrêts appliqués : *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349; *Françœur c. Municipalité régionale de comté d'Acton*, [1985] R.D.J. 511; *Comité de citoyens et d'action municipale de St-Césaire c. Ville de St-Césaire*, [1986] R.J.Q. 1061; *Gravel c. Corporation municipale de la paroisse de La Plaine*, [1988] R.D.J. 60; *Vena c. Montréal (Ville)*, [2002] J.Q. n° 4807 (QL); **arrêts mentionnés :** *Breslaw c. Montréal (Ville)*, 2009 CSC 44, [2009] 3 R.C.S. 131; *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743; *Nault c. Canadian Consumer Co.*, [1981] 1 R.C.S. 553; *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec*, [1981] 1 R.C.S. 424; *Comité d'environnement de La Baie Inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée*, [1990] R.J.Q. 655; *Château c. Placements Germarich Inc.*, [1990] R.D.J. 625; *Tremaine c. A.H. Robins Canada Inc.*, [1990] R.D.J. 500; *Thompson c. Masson*, [1993] R.J.Q. 69; *Pharmascience Inc. c. Option Consommateurs*, 2005 QCCA 437, [2005] R.J.Q. 1367; *Robertson c. City of Montreal (1915)*, 52 R.C.S. 30; *Corporation du village de Deschênes c. Loveys*, [1936] R.C.S. 351; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347; *Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Sainte-Foy*, [1983] 1 R.C.S. 403; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. B.D.*, [2002] R.J.Q. 54; *Amusements St-Gervais inc. c. Legault*, [2000] J.Q. n° 687 (QL); *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326.

Citée par le juge Deschamps (dissidente)

Françœur c. Municipalité régionale de comté d'Acton, [1985] R.D.J. 511; *Comité de citoyens et d'action municipale de St-Césaire c. Ville de St-Césaire*, [1986] R.J.Q. 1061; *Gravel c. Corporation municipale de la paroisse de La Plaine*, [1988] R.D.J. 60; *Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Sainte-Foy*, [1983] 1 R.C.S. 403; *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347; *Boutique Linen Chest (Phase II) Inc. c. Wise*, [1997] J.Q. n° 3189 (QL); *Lownds c. Home Office*, [2002] EWCA Civ 365, [2002] 4 All E.R. 775; *Rogers c. Merthyr Tydfil County Borough Council*, [2006] EWCA Civ 1134, [2007] 1 All E.R. 354; *Callery c. Gray (Nos 1 and 2)*, [2002] UKHL 28, [2002] 3 All E.R. 417; *Hashtrودي c. Hancock*, [2004] EWCA Civ 652, [2004] 3 All E.R. 530; *Leigh c. Michelin Tyre plc*, [2003] EWCA Civ 1766, [2004] 2 All E.R. 175; *Total Vision Enterprises Inc. c. 689720*

Vision Enterprises Inc. v. 689720 B.C. Ltd., 2006 BCSC 639, [2006] B.C.J. No. 925 (QL); *Roy v. Boivin Carrier*, 2006 QCCS 2663, [2006] J.Q. n° 4679 (QL); *Quesnel v. KPMG, s.r.l.*, 2007 QCCS 3990, [2007] J.Q. n° 9465 (QL); *Canada (Procureur général) v. Malcolm Média inc. (Expour 2000)*, 2007 QCCS 2427, [2007] J.Q. n° 5098 (QL); *Harmegnies v. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380, [2008] J.Q. n° 1446 (QL); *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; *Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184; *Gelmini v. Procureur général du Québec*, [1982] C.A. 560; *Bouchard v. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349; *Lallier v. Volkswagen Canada Inc.*, 2007 QCCA 920, [2007] R.J.Q. 1490; *Brito v. Pfizer Canada inc.*, 2008 QCCS 2231, [2008] R.J.Q. 1420; *Option Consommateurs v. Infineon Technologies AG*, 2008 QCCS 2781, [2008] R.J.Q. 1694; *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec v. Quebec Urban Community Transit Commission*, [1981] 1 S.C.R. 424; *Berdah v. Nolisair International Inc.*, [1991] R.D.J. 417; *Lasalle v. Kaplan*, [1988] R.D.J. 112; *Desmeules v. Hydro-Québec*, [1987] R.J.Q. 428; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326; *Beauchamp v. Cité d'Outremont*, [1970] C.A. 286; *York Condominium Corp. No. 148 v. Singular Investments Ltd.* (1977), 16 O.R. (2d) 31; *Butler v. Regional Assessment Commissioner, Assessment Region No. 9* (1982), 39 O.R. (2d) 365; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666; *Gosselin v. Procureur général du Québec*, [1986] SOQUIJ AZ-87021083; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting municipal taxation, R.S.Q., c. F-2.1, s. 172.
Act respecting the consultation of citizens with respect to the territorial reorganization of certain municipalities, S.Q. 2003, c. 14.
Act to reform the municipal territorial organization of the metropolitan regions of Montréal, Québec and the Outaouais, S.Q. 2000, c. 56, Schedule III, s. 3.
Charter of Ville de Longueuil, R.S.Q., c. C-11.3, ss. 86, 86.1, 87.1, 87.2, 87.5, 135.
Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, ss. 397, 474, 474.1, 474.2, 474.3, 586, 592, 595.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1491, 1492, 1519, 1520, 1522, 1699, 2900, 2903, 2908, 2922, 2925.
Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 5(1).

B.C. Ltd., 2006 BCSC 639, [2006] B.C.J. No. 925 (QL); *Roy c. Boivin Carrier*, 2006 QCCS 2663, [2006] J.Q. n° 4679 (QL); *Quesnel c. KPMG, s.r.l.*, 2007 QCCS 3990, [2007] J.Q. n° 9465 (QL); *Canada (Procureur général) c. Malcolm Média inc. (Expour 2000)*, 2007 QCCS 2427, [2007] J.Q. n° 5098 (QL); *Harmegnies c. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380, [2008] J.Q. n° 1446 (QL); *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; *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184; *Gelmini c. Procureur général du Québec*, [1982] C.A. 560; *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349; *Lallier c. Volkswagen Canada Inc.*, 2007 QCCA 920, [2007] R.J.Q. 1490; *Brito c. Pfizer Canada inc.*, 2008 QCCS 2231, [2008] R.J.Q. 1420; *Option Consommateurs c. Infineon Technologies AG*, 2008 QCCS 2781, [2008] R.J.Q. 1694; *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec*, [1981] 1 R.C.S. 424; *Berdah c. Nolisair International Inc.*, [1991] R.D.J. 417; *Lasalle c. Kaplan*, [1988] R.D.J. 112; *Desmeules c. Hydro-Québec*, [1987] R.J.Q. 428; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326; *Beauchamp c. Cité d'Outremont*, [1970] C.A. 286; *York Condominium Corp. No. 148 c. Singular Investments Ltd.* (1977), 16 O.R. (2d) 31; *Butler c. Regional Assessment Commissioner, Assessment Region No. 9* (1982), 39 O.R. (2d) 365; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666; *Gosselin c. Procureur général du Québec*, [1986] SOQUIJ AZ-87021083; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429.

Lois et règlements cités

Charte de la Ville de Longueuil, L.R.Q., ch. C-11.3, art. 86, 86.1, 87.1, 87.2, 87.5, 135.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1491, 1492, 1519, 1520, 1522, 1699, 2900, 2903, 2908, 2922, 2925.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 4.1, 4.2, 33, 59, 67, 165(4), 199, 397, 509, 999, 1003, 1005-1007.
Code municipal du Québec, L.R.Q., ch. C-27.1, art. 689, 690.
Loi concernant la consultation des citoyens sur la réorganisation territoriale de certaines municipalités, L.Q. 2003, ch. 14.
Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6, art. 5(1).

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 4.1, 4.2, 33, 59, 67, 165(4), 199, 397, 509, 999, 1003, 1005-1007.

Municipal Code of Québec, R.S.Q., c. C-27.1, arts. 689, 690.

Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, r. 68.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 6^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005.

Chamberland, Luc. « La règle de proportionnalité : à la recherche de l'équilibre entre les parties? », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec*, vol. 242, *La réforme du Code de procédure civile, trois ans plus tard*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2006, 1.

Crerar, David A. « The Resitutionary Class Action: Canadian Class Proceedings Legislation as a Vehicle for the Restitution of Unlawfully Demanded Payments, *Ultra Vires Taxes*, and Other Unjust Enrichments » (1998), 56 *U.T. Fac. L. Rev.* 47.

David, Éric McDevitt. « La règle de proportionnalité de l'article 4.2 C.p.c. en matière de recours collectif — Premières interprétations jurisprudentielles », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec, Développements récents en recours collectifs*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2007, 315.

Delaney-Beausoleil, Kathleen. « Le recours collectif », dans Denis Ferland et Benoît Emery, dir., *Précis de procédure civile du Québec*, 4^e éd., vol. 2. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.

Dennis, Craig P. « Proportionality: A More Effective Tool ». Paper prepared for the Continuing Legal Education Society of British Columbia conference entitled « Rule 68 » held September 29, 2005 (online: http://www.bcjusticereview.org/working_groups/civil_justice/cle_paper_09_29_05.pdf).

Durnford, John W. « Some Aspects of the Suspension and of the Starting Point of Prescription », [1963] *Thémis* 245.

England. Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales. *Access to Justice*. London: The Stationery Office, 1996.

Faribault, Paul. *Les recours de contrôle judiciaire*, vol. 1. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001.

Finn, Shaun. « In a Class All its Own: The Advent of the Modern Class Action and its Changing Legal and Social Mission » (2005), 2 *Can. Class Action Rev.* 333.

Loi portant réforme de l'organisation territoriale municipale des régions métropolitaines de Montréal, de Québec et de l'Outaouais, L.Q. 2000, ch. 56, annexe III, art. 3.

Loi sur la fiscalité municipale, L.R.Q., ch. F-2.1, art. 172.

Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 397, 474, 474.1, 474.2, 474.3, 586, 592, 595.

Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, r. 68.

Doctrine citée

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 6^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005.

Chamberland, Luc. « La règle de proportionnalité : à la recherche de l'équilibre entre les parties? », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec*, vol. 242, *La réforme du Code de procédure civile, trois ans plus tard*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2006, 1.

Crerar, David A. « The Resitutionary Class Action : Canadian Class Proceedings Legislation as a Vehicle for the Restitution of Unlawfully Demanded Payments, *Ultra Vires Taxes*, and Other Unjust Enrichments » (1998), 56 *U.T. Fac. L. Rev.* 47.

David, Éric McDevitt. « La règle de proportionnalité de l'article 4.2 C.p.c. en matière de recours collectif — Premières interprétations jurisprudentielles », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec, Développements récents en recours collectifs*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2007, 315.

Delaney-Beausoleil, Kathleen. « Le recours collectif », dans Denis Ferland et Benoît Emery, dir., *Précis de procédure civile du Québec*, 4^e éd., vol. 2. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.

Dennis, Craig P. « Proportionality : A More Effective Tool ». Paper prepared for the Continuing Legal Education Society of British Columbia conference entitled « Rule 68 » held September 29, 2005 (online : http://www.bcjusticereview.org/working_groups/civil_justice/cle_paper_09_29_05.pdf).

Durnford, John W. « Some Aspects of the Suspension and of the Starting Point of Prescription », [1963] *Thémis* 245.

England. Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales. *Access to Justice*. London : The Stationery Office, 1996.

Faribault, Paul. *Les recours de contrôle judiciaire*, vol. 1. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001.

Finn, Shaun. « In a Class All its Own : The Advent of the Modern Class Action and its Changing Legal and Social Mission » (2005), 2 *Rev. can. recours collectifs* 333.

- Héту, Jean, et Yvon Duplessis. *Droit municipal — Principes généraux et contentieux*, 2^e éd., vol. 1. Brossard, Qué.: Publications CCH, 2002 (feuilles mobiles mises à jour 2009, envoi 12).
- Jutras, Daniel. « À propos de l'opportunité du recours collectif », dans *Colloque sur les recours collectifs*. Montréal: Association du Barreau canadien — Division Québec, 2007, 7.
- L'Heureux, Jacques. « La fiscalité locale québécoise peut-elle remplir ses promesses? », dans Rapport général de synthèse du Colloque de l'Association québécoise de droit comparé, *Dans la foulée des réformes municipales*, le 20 avril 2001 (en ligne: http://aqdc.qc.ca/colloque_2001_04_20/J.L'Heureux.htm).
- Latendresse, Anne. « La réforme municipale et la participation publique aux affaires urbaines montréalaises: Rupture ou continuité », dans Bernard Jouve et Philip Booth, dir., *Démocraties métropolitaines: Transformations de l'État et politiques urbaines au Canada, en France et en Grande-Bretagne*. Sainte-Foy: Presses de l'Université du Québec, 2004, 155.
- Martineau, Pierre. *La prescription*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1977.
- Morissette, Yves-Marie. « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile: état provisoire des questions » (2009), 50 *C. de D.* 381.
- Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Éditions Thémis, 2001.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 37, n^o 31, 2^e sess., 36^e lég., 1^{er} juin 2001, p. 1818.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 37, n^o 110, 2^e sess., 36^e lég., 6 juin 2002, p. 6666.
- Québec. Ministère de la Justice. Comité de révision de la procédure civile. *La révision de la procédure civile: une nouvelle culture judiciaire*. Sainte-Foy: Le Comité, 2001.
- Rousseau, Gilles. « Le recours en cassation dans le contentieux municipal » (1980), 21 *C. de D.* 715.
- Sancton, Andrew. « Municipal Mergers and Demergers in Quebec and Ontario », paper prepared for the Annual Meeting of the Canadian Political Science Association, York University, June 1, 2006 (online: <http://www.cpsa-acsp.ca/papers-2006/Sancton.pdf>).
- Héту, Jean, et Yvon Duplessis. *Droit municipal — Principes généraux et contentieux*, 2^e éd., vol. 1. Brossard, Qué.: Publications CCH, 2002 (feuilles mobiles mises à jour 2009, envoi 12).
- Jutras, Daniel. « À propos de l'opportunité du recours collectif », dans *Colloque sur les recours collectifs*. Montréal: Association du Barreau canadien — Division Québec, 2007, 7.
- L'Heureux, Jacques. « La fiscalité locale québécoise peut-elle remplir ses promesses? », dans Rapport général de synthèse du Colloque de l'Association québécoise de droit comparé, *Dans la foulée des réformes municipales*, le 20 avril 2001 (en ligne: http://aqdc.qc.ca/colloque_2001_04_20/J.L'Heureux.htm).
- Latendresse, Anne. « La réforme municipale et la participation publique aux affaires urbaines montréalaises: Rupture ou continuité », dans Bernard Jouve et Philip Booth, dir., *Démocraties métropolitaines: Transformations de l'État et politiques urbaines au Canada, en France et en Grande-Bretagne*. Sainte-Foy: Presses de l'Université du Québec, 2004, 155.
- Martineau, Pierre. *La prescription*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1977.
- Morissette, Yves-Marie. « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile: état provisoire des questions » (2009), 50 *C. de D.* 381.
- Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Éditions Thémis, 2001.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 37, n^o 31, 2^e sess., 36^e lég., 1^{er} juin 2001, p. 1818.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 37, n^o 110, 2^e sess., 36^e lég., 6 juin 2002, p. 6666.
- Québec. Ministère de la Justice. Comité de révision de la procédure civile. *La révision de la procédure civile: une nouvelle culture judiciaire*. Sainte-Foy: Le Comité, 2001.
- Rousseau, Gilles. « Le recours en cassation dans le contentieux municipal » (1980), 21 *C. de D.* 715.
- Sancton, Andrew. « Municipal Mergers and Demergers in Quebec and Ontario », paper prepared for the Annual Meeting of the Canadian Political Science Association, York University, June 1, 2006 (online: <http://www.cpsa-acsp.ca/papers-2006/Sancton.pdf>).

APPEALS from two judgments of the Quebec Court of Appeal (Brossard, Rochon and Dufresne J.J.A.), 2007 QCCA 866, [2007] R.J.Q. 1467, [2007] J.Q. n^o 6258 (QL), 2007 CarswellQue 5318, and 2007 QCCA 867, [2007] J.Q. n^o 6259 (QL), affirming decisions by Hébert J., 2006 QCCS 6516, [2006] J.Q. n^o 15494 (QL), 2006 CarswellQue 12027, and 2006 QCCS 6517, [2006] J.Q. n^o 15495 (QL), 2006

POURVOIS contre deux arrêts de la Cour d'appel du Québec (les juges Brossard, Rochon et Dufresne), 2007 QCCA 866, [2007] R.J.Q. 1467, [2007] J.Q. n^o 6258 (QL), 2007 CarswellQue 5318, et 2007 QCCA 867, [2007] J.Q. n^o 6259 (QL), qui ont confirmé des décisions du juge Hébert, 2006 QCCS 6516, [2006] J.Q. n^o 15494 (QL), 2006 CarswellQue 12027, et 2006 QCCS 6517, [2006] J.Q. n^o 15495 (QL), 2006

CarswellQue 12030. Appeals dismissed, McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Cromwell JJ. dissenting.

Marie Audren and Emmanuelle Rolland, for the appellants.

Nicole Gibeau and Louis Bouchart d'Orval, for the respondent.

Sara Blake and Lise Favreau, for the intervenor.

English version of the judgment of LeBel, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ. delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] The municipal reorganization process undertaken by the Quebec government in several regions of the province in the early 2000s generated intense political controversy. It affected the entire greater Montréal area. Cities on Montréal's South Shore were merged into a large agglomeration, the new City of Longueuil, which took its name from one of the amalgamated municipalities. A few years later, some of those municipalities were reconstituted and regained their autonomy. The drafting of a legal framework for the amalgamations and dissolutions no doubt taxed the imagination of lawmakers as they attempted to uphold the principles of equality in taxation between and tax fairness for the ratepayers affected by these processes.

[2] Dissatisfied with the assessment of their tax burdens following the creation of the new city, ratepayers of two sectors of the municipality, one a citizen, Mr. Marcotte, and the other a business corporation, Usinage Pouliot Inc., applied separately for authorization to institute class actions to quash the municipal by-laws imposing property taxes and the business tax in four sectors of the City of Longueuil. These sectors corresponded to the territories of the four amalgamated cities that

CarswellQue 12030. Pourvois rejetés, la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps et Cromwell sont dissidents.

Marie Audren et Emmanuelle Rolland, pour les appelants.

Nicole Gibeau et Louis Bouchart d'Orval, pour l'intimée.

Sara Blake et Lise Favreau, pour l'intervenant.

Le jugement des juges LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] L'opération de restructuration municipale engagée par le gouvernement du Québec dans plusieurs régions de cette province, à l'aube de la décennie 2000, a provoqué de vives controverses politiques. Elle a touché l'ensemble de la grande région de Montréal. Sur la Rive-Sud de Montréal, des villes ont été réunies en une grande agglomération, la nouvelle Ville de Longueuil, qui a pris le nom de l'une des municipalités fusionnées. Puis, quelques années plus tard, quelques-unes de ces municipalités ont été reconstituées et ont retrouvé leur autonomie. L'aménagement du cadre juridique de ces fusions et dissolutions a sans doute forcé le législateur à déployer des prouesses d'imagination pour assurer le respect des principes d'égalité et d'équité fiscales entre les contribuables touchés par ces opérations.

[2] Mécontents de l'évaluation de leur fardeau fiscal à la suite de la création de la nouvelle ville, des contribuables de deux secteurs de la municipalité, un citoyen, M. Marcotte, et une société commerciale, Usinage Pouliot Inc., ont demandé l'autorisation d'intenter des recours collectifs distincts afin d'obtenir l'annulation de règlements municipaux imposant les taxes foncières et la taxe d'affaires dans quatre secteurs de la Ville de Longueuil. Ces secteurs correspondaient au territoire des quatre

subsequently regained their autonomy. The Quebec Superior Court and the Quebec Court of Appeal denied the appellants the authorization they sought. The appeals against those judgments challenge the interpretation and application of the conditions for authorizing class actions under Quebec's *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("C.C.P."). In my opinion, for the reasons that follow, the denial of authorization was warranted and reflected a correct interpretation of the relevant provisions of the *Code of Civil Procedure*. In reasons released concurrently with these ones, in *Breslaw v. Montréal (City)*, 2009 SCC 44, [2009] 3 S.C.R. 131, another appeal that relates to municipal amalgamations on the island of Montréal, I analyse a similar legal situation and reach the same conclusion.

II. Origins of the Cases

[3] To properly understand the issues and the nature of the proceeding before this Court, it is necessary to consider the origin thereof. To this end, I will pay particular attention to the statutory framework applicable to these cases.

[4] As part of the process of municipal amalgamations begun by the Quebec government in the early 2000s, nine municipalities on Montréal's South Shore were amalgamated to form a new city, Ville de Longueuil, which adopted the name of one of the amalgamated cities (*An Act to reform the municipal territorial organization of the metropolitan regions of Montréal, Québec and the Outaouais*, S.Q. 2000, c. 56, Schedule III, s. 3).

[5] One of the main difficulties the legislature had to overcome was to achieve tax fairness for all the constituent parts of the new municipality and to alleviate the financial shock the amalgamation might entail. Each municipality had set its own tax rates in accordance with the legislation applicable to municipal taxation in Quebec. The legislature aimed to achieve equality in tax burdens among the residents of the amalgamated cities. But it was possible that the pursuit of this objective would lead to sudden and perhaps significant changes in tax

villes fusionnées qui ont retrouvé leur autonomie. La Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec ont refusé l'autorisation réclamée par les appelants. Les pourvois contre ces jugements remettent en cause l'interprétation et l'application des conditions d'ouverture des recours collectifs en vertu du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25 (« C.p.c. »). À mon avis, le refus de l'autorisation est justifié et conforme à une interprétation correcte des dispositions pertinentes du *Code de procédure civile*, comme l'exposent les motifs qui suivent. Dans une opinion déposée concurremment avec les présents motifs, dans un autre pourvoi relatif aux fusions municipales sur l'île de Montréal, *Breslaw c. Montréal (Ville)*, 2009 CSC 44, [2009] 3 R.C.S. 131, j'analyse une situation juridique analogue et je conclus dans le même sens.

II. L'origine des litiges

[3] Pour bien comprendre les enjeux et la nature du débat judiciaire porté devant notre Cour, il faut d'abord rappeler son origine. À cette fin, je devrai porter une attention particulière au cadre législatif de cette affaire.

[4] Au cours du mouvement de fusions municipales déclenché par le gouvernement du Québec au début de la décennie 2000, neuf municipalités de la Rive-Sud de Montréal ont été regroupées pour former la nouvelle Ville de Longueuil, qui a repris le nom de l'une des villes fusionnées (*Loi portant réforme de l'organisation territoriale municipale des régions métropolitaines de Montréal, de Québec et de l'Outaouais*, L.Q. 2000, ch. 56, annexe III, art. 3).

[5] L'équité fiscale entre les parties constitutives de la nouvelle municipalité et l'atténuation du choc financier susceptible d'être provoqué par la fusion représentaient l'une des principales difficultés que le législateur devait surmonter. Chaque municipalité avait établi ses propres taux d'imposition, conformément à la législation applicable à la fiscalité municipale au Québec. Le législateur entendait réaliser l'égalité des fardeaux fiscaux entre les résidents des villes fusionnées. La poursuite de cet objectif pouvait cependant provoquer des variations

rates in some of the new city's sectors. The Quebec National Assembly accordingly established a scheme to gradually equalize the sectors' tax burdens over a period of 20 years, the implementation of which gave rise to the disputes in these cases.

[6] The *Charter of Ville de Longueuil*, R.S.Q., c. C-11.3, provided that this municipality was subject to the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19 ("C.T.A."). In s. 86 of the Charter, the amalgamated municipalities were designated as sectors of the new municipality. Section 86.1 set out the principle of equality in general property tax rates among the city's sectors. But the application of this principle was limited by a series of provisions in the Charter that would phase it in over a period of 20 years. Thus, s. 87.1 capped annual increases in a sector's tax burden at 5%:

87.1. The city may, for a fiscal year, fix any general property tax rate in such manner that, in relation to the preceding fiscal year, the increase in the tax burden borne by the aggregate of the units of assessment situated in a sector and in respect of which all or part of the rate applies is not greater than 5%.

[7] As can be seen, this provision placed a ceiling on increases in the collective tax burden of all units of assessment in a sector. It did not, however, establish a direct ceiling for the tax imposed on each individual unit.

[8] Section 87.2 provided for a similar sector-by-sector ceiling on revenues derived from the business tax imposed on businesses established in each sector:

87.2. The city may, for a fiscal year, fix the rate of the business tax in such manner that, in relation to the preceding fiscal year, the increase in the revenues derived from that tax in respect of all the business establishments situated in a sector is not greater than 5%.

subites et peut-être considérables des taux d'imposition appliqués dans certains secteurs de la nouvelle ville. En conséquence, l'Assemblée nationale du Québec édicta un régime d'égalisation graduelle des fardeaux fiscaux des différents secteurs sur une période de 20 ans, dont la mise en œuvre a provoqué le présent litige.

[6] La *Charte de la Ville de Longueuil*, L.R.Q., ch. C-11.3, assujettissait cette municipalité aux dispositions de la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19 (« L.c.v. »). L'article 86 de la Charte désignait les municipalités fusionnées comme des secteurs de la nouvelle municipalité. L'article 86.1 reconnaissait le principe de l'égalité des taux de la taxe foncière générale entre les différents secteurs de la ville. Cependant, la Charte limitait l'application de ce principe grâce à un ensemble de dispositions qui étalaient son application sur une période de 20 ans. En conséquence, l'art. 87.1 plafonnait l'augmentation annuelle du fardeau fiscal d'un secteur à 5 % :

87.1. La ville peut, pour un exercice financier, fixer tout taux de la taxe foncière générale de façon que, par rapport à l'exercice précédent, l'augmentation du fardeau fiscal supporté par l'ensemble des unités d'évaluation situées dans un secteur et à l'égard desquelles s'applique tout ou partie du taux ne soit pas supérieure à 5 %.

[7] Cette disposition imposait ainsi un plafond à l'accroissement du fardeau fiscal de l'ensemble des unités d'imposition d'un secteur. Toutefois, elle ne plafonnait pas directement la taxe imposée à chaque unité en particulier.

[8] L'article 87.2 prévoyait un plafonnement sectoriel semblable des revenus de la taxe d'affaires imposée aux entreprises installées dans chaque secteur :

87.2. La ville peut, pour un exercice financier, fixer le taux de la taxe d'affaires de façon que, par rapport à l'exercice précédent, l'augmentation des revenus provenant de cette taxe à l'égard de l'ensemble des établissements d'entreprise situés dans un secteur ne soit pas supérieure à 5 %.

[9] These provisions applied to the city's nine sectors until 2006. As of January 1, 2006, four of the amalgamated municipalities were reconstituted and separated from the city's territory. The respondent remained an amalgamated municipality whose territory consisted of a portion of the territory that had been attributed to it in 2002. At the same time, it became the "central" city of the urban agglomeration of Longueuil, which also included the four "demerged" sectors.

[10] The disputes before the Court arise from the application of ss. 87.1 and 87.2 of the *Charter of Ville de Longueuil* during the period prior to the partial dissolution of the city. The appellant Marcotte owned property in the Saint-Lambert sector. As a property owner, he was required to pay the general property tax. The appellant Usinage Pouliot operated a business in the Saint-Bruno-de-Montarville sector and was required to pay the business tax. Mr. Marcotte contends that increases in the general property tax burden crashed through the 5% ceiling in the sectors of Saint-Lambert, Brossard, Saint-Bruno-de-Montarville and Boucherville in the 2003, 2004 and 2005 taxation years. According to Usinage Pouliot, the 5% ceiling on the business tax was also exceeded in the same four sectors.

[11] The appellants submit that because the 5% ceiling was exceeded, the by-laws imposing the taxes in issue for 2003, 2004 and 2005 were null. They allege that the respondent acted unlawfully, in a manner contrary to the legal framework for their taxation powers, and that the taxes paid by ratepayers had accordingly been collected unlawfully, without the appropriate statutory authority. On this basis, the appellants filed motions for authorization to institute class actions in order to have the municipal by-laws imposing the property tax and the business tax in the four sectors quashed and in order to have the respondent refund amounts in respect of those taxes that had been paid by the ratepayers covered by the proposed class actions. The respondent contested the motions.

[9] Ces dispositions se sont appliquées aux neuf secteurs de la ville jusqu'en 2006. En effet, le premier janvier 2006, quatre des municipalités fusionnées ont été reconstituées et détachées de son territoire. L'intimée est alors demeurée une municipalité fusionnée, formée d'une partie du territoire qui lui avait été attribué en 2002. En même temps, elle est devenue la ville dite centre de l'agglomération de Longueuil, dont font aussi partie les quatre secteurs défusionnés.

[10] Le litige que nous examinons provient de l'application des art. 87.1 et 87.2 de la *Charte de la Ville de Longueuil* au cours de la période antérieure à la dissolution partielle de la ville. L'appelant Marcotte était propriétaire d'un immeuble situé dans le secteur Saint-Lambert. À ce titre, il était assujéti à la taxe foncière générale. Par ailleurs, l'appelante, Usinage Pouliot, exploitait une entreprise établie dans le secteur Saint-Bruno-de-Montarville et devait acquitter la taxe d'affaires. Selon les prétentions de M. Marcotte, les augmentations des fardeaux découlant de l'application de la taxe foncière générale auraient défoncé le plafond de 5 % dans les secteurs de Saint-Lambert, Brossard, Saint-Bruno-de-Montarville et Boucherville au cours des années d'imposition 2003, 2004 et 2005. D'après Usinage Pouliot, le plafond de 5 % applicable à la taxe d'affaires aurait été aussi dépassé dans ces quatre secteurs.

[11] Les appelants plaident que le dépassement du plafond de 5 % entraînait la nullité des règlements imposant les taxes en litige pour les années 2003, 2004 et 2005. L'intimée aurait agi illégalement, sans respecter le cadre juridique de l'exercice de ses pouvoirs fiscaux. En conséquence, les taxes payées par les contribuables auraient été perçues illicitement sans autorisation législative appropriée. Sur cette base, les appelants ont présenté des requêtes pour autorisation de recours collectifs afin d'obtenir l'annulation des règlements municipaux imposant la taxe foncière et la taxe d'affaires dans les quatre secteurs, ainsi que le remboursement des taxes foncières ou d'affaires acquittées par les contribuables visés par les recours collectifs projetés. L'intimée a contesté ces requêtes.

III. Judicial History

- A. *Quebec Superior Court* (2006 QCCS 6516, [2006] J.Q. n° 15494 (QL), and 2006 QCCS 6517, [2006] J.Q. n° 15495 (QL))

[12] In both cases, Hébert J. first rejected an initial argument raised by the city that the facts alleged did not justify the conclusions sought. In his opinion, the applicants had established *prima facie* cases. But he dismissed the application for authorization on another basis: that class actions were inappropriate in these cases. He held that according to well-settled Quebec case law, the class action is not available to a litigant seeking to have a municipal by-law quashed and to recover taxes paid under it.

- B. *Quebec Court of Appeal, Brossard, Rochon and Dufresne J.J.A.* (2007 QCCA 866, [2007] R.J.Q. 1467, and 2007 QCCA 867, [2007] J.Q. n° 6259 (QL))

[13] Rochon J.A., writing for a unanimous Court of Appeal, dismissed the appeals of Mr. Marcotte and Usinage Pouliot. He agreed with the judge at first instance that the appellants had established *prima facie* cases, but he noted that the Quebec Court of Appeal had consistently held since 1985 that the class action could not be used to challenge the validity of a municipal by-law (para. 14 R.J.Q.). The result of an individual action in nullity would apply in respect of all ratepayers. If such an action was successful, the declaration of nullity would achieve the desired result in respect of all ratepayers without the need for a class action (para. 21 R.J.Q.). In Rochon J.A.'s view, the applicant could not, in the circumstances, meet the condition set out in art. 1003(c) C.C.P., because to combine individual actions would not be "difficult or impracticable" in the words of that provision, but would instead be pointless (para. 23 R.J.Q.). Rochon J.A. also referred to the opinion expressed by his colleague Pelletier J.A. in *Bouchard v. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349, at paras. 64-68, that in addition to applying the conditions

III. L'historique judiciaire

- A. *La Cour supérieure du Québec* (2006 QCCS 6516, [2006] J.Q. n° 15494 (QL), et 2006 QCCS 6517, [2006] J.Q. n° 15495 (QL))

[12] Dans les deux dossiers, le juge Hébert a d'abord rejeté un premier moyen soulevé par la ville, selon lequel les faits allégués ne justifiaient pas les conclusions recherchées. À son avis, les requérants avaient établi une apparence de droit suffisante. Cependant, le juge a rejeté la demande d'autorisation sur une autre base, c'est-à-dire que les recours collectifs n'étaient pas appropriés en l'espèce. Il a conclu qu'une jurisprudence bien établie au Québec ne permettait pas de recourir à la procédure collective pour demander la nullité d'un règlement municipal et recouvrer les taxes payées en vertu de celui-ci.

- B. *La Cour d'appel du Québec, les juges Brossard, Rochon et Dufresne* (2007 QCCA 866, [2007] R.J.Q. 1467, et 2007 QCCA 867, [2007] J.Q. n° 6259 (QL))

[13] Au nom d'une Cour d'appel unanime, le juge Rochon a rejeté les pourvois de M. Marcotte et d'Usinage Pouliot. Comme le juge de première instance, il a admis que les appelants avaient établi l'existence d'une apparence de droit suffisante. Cependant, il a rappelé que, depuis 1985, une jurisprudence constante de la Cour d'appel du Québec ne permettait pas l'utilisation du recours collectif pour attaquer la validité d'un règlement municipal (par. 14 R.J.Q.). En effet, le recours individuel en nullité opère *erga omnes*. S'il réussit, la déclaration de nullité atteint le but recherché pour l'ensemble des contribuables, sans qu'il soit nécessaire de passer par la voie collective (par. 21 R.J.Q.). Selon lui, le requérant ne peut, dans de telles circonstances, satisfaire à la condition de l'al. 1003(c) C.p.c., car une réunion d'actions individuelles ne serait pas « difficile ou peu pratique » selon l'al. 1003(c), elle serait inutile (par. 23 R.J.Q.). De plus, le juge Rochon renvoie à l'opinion de son collègue, le juge Pelletier, dans l'arrêt *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349, par. 64-68, selon lequel, au-delà des conditions de

for admissibility set out in art. 1003 C.C.P., a court hearing a motion for authorization retains a residual discretion to reject an inappropriate class action (para. 22 R.J.Q.). Finally, he discussed difficulties related to the prescriptive period applicable to the right to a refund of the taxes should the by-law imposing them be quashed. Despite the problems in applying the three-year prescriptive period to an action to recover taxes, he seemed to think that one could be brought in time. However, he declined to rule on this aspect of the cases. He concluded that declarations of nullity would not make it possible to establish the amounts owed to ratepayers. In his opinion, how to determine the method for establishing the refund amounts remained an open question. Rochon J.A. adopted this reasoning in both *Marcotte* and *Usinage Pouliot*.

IV. Analysis

A. *Issues*

[14] In these appeals, this Court must consider issues related to the possibility of authorizing class actions under Quebec's *Code of Civil Procedure* in areas originally associated with administrative law, and the effect of doing so. The Court must decide whether, in light of art. 1003 C.C.P., it is open to the appellants to institute class actions in order to have municipal by-laws imposing property and business taxes declared to be null, and to recover payments made under those by-laws.

[15] According to the appellants, if the conditions set out in art. 1003 for authorizing a class action had been applied properly, the Superior Court would have been justified in granting the authorizations. Any other interpretation would confer on the judge hearing a motion for authorization a discretion to assess the appropriateness of the action that is not provided for in the *Code of Civil Procedure*. The appellants add that the class action would be the only way to effectively protect the ratepayers' right to a refund of the unlawfully imposed municipal

recevabilité édictées à l'art. 1003 C.p.c., le tribunal saisi de la demande d'autorisation conserve le pouvoir résiduaire discrétionnaire de rejeter un recours collectif inapproprié (par. 22 R.J.Q.). Enfin, ses motifs examinent les difficultés relatives à la prescription du droit au remboursement des taxes prélevées en cas d'annulation du règlement d'imposition. Malgré les problèmes liés à l'application de la prescription de trois ans au recours en répétition des taxes, il semble croire qu'une telle demande pourrait être formée à temps. Toutefois, il refuse de statuer sur cette partie des litiges. En effet, il a conclu que des déclarations de nullité ne permettraient pas d'établir les montants des remboursements dus aux contribuables. À son avis, la question de la détermination de la méthode à utiliser pour établir les remboursements demeurerait entière. Le juge Rochon a adopté ce raisonnement dans les dossiers *Marcotte* et *Usinage Pouliot*.

IV. Analyse

A. *Les questions en litige*

[14] À la suite des pourvois institués par les appelants, notre Cour est saisie de questions relatives à la recevabilité et à l'effet de procédures en autorisation de recours collectif en vertu du *Code de procédure civile* du Québec dans des domaines relevant à l'origine du droit administratif. En effet, notre Cour doit décider si les appelants pouvaient procéder par la voie du recours collectif en vertu de l'art. 1003 C.p.c. pour faire invalider des règlements municipaux imposant des taxes foncières et d'affaires et pour recouvrer les paiements faits sous leur autorité.

[15] Selon les appelants, une application correcte des conditions d'ouverture du recours collectif qu'établit l'art. 1003 aurait justifié l'octroi des autorisations demandées à la Cour supérieure. D'ailleurs, toute autre interprétation attribuerait au juge saisi de la demande d'autorisation un pouvoir discrétionnaire d'évaluation du caractère approprié du recours que le *Code de procédure civile* ne lui reconnaît pas. De plus, seul le recours collectif permettrait de protéger efficacement le droit des contribuables au remboursement des taxes municipales

taxes and to shield their actions for recovery from prescription.

[16] The city submits that the proposed actions do not meet the conditions for authorization set out in art. 1003. The respondent adds that, in any event, a court hearing a motion for authorization has a duty, under the Quebec rules of civil procedure, to determine whether a class action is in fact appropriate. A class action to quash a municipal by-law would be pointless, as the Quebec Court of Appeal has consistently held. In the alternative, the city once again raises two arguments that the Superior Court and the Court of Appeal have already rejected: that the actions are prescribed and that they lack a sufficient legal basis. Finally, the city submits that even if the Court were to accept the argument that the by-laws are null, this would not create an obligation to pay back the taxes. Rather, it would lead to a review of the city's budgets, the adjustment of the tax burdens of the various sectors and the imposition of new taxes. The amount of the new taxes and of the city's repayment obligations would not be known until the completion of that process.

[17] As is clear from these opposing arguments, the first issue raised by these appeals relates to the interpretation and application of the conditions governing the prior authorization of class actions by the Superior Court. It will therefore be necessary to review the conditions for authorization set out in the *Code of Civil Procedure* and then to determine whether they have been interpreted and applied correctly. This review will afford an opportunity to comment on decisions in which the Quebec Court of Appeal has held that class actions cannot be brought to quash municipal by-laws. This will lead to consideration of the possibility of finding that the taxes can be recovered should the by-laws in issue be declared to be null. For this purpose, it will be necessary to assess the consequences of such a declaration and to determine whether declaring the by-laws to be null might lead to immediately enforceable conclusions for recovery of the taxes. This will require a review of the application of the

imposées illégalement et d'éviter la prescription de leurs actions en recouvrement.

[16] Pour sa part, la ville soutient que les recours envisagés ne respectent pas les conditions d'ouverture édictées par l'art. 1003. L'intimée ajoute que la procédure civile québécoise impose de toute manière au tribunal saisi de la demande d'autorisation le devoir d'examiner l'opportunité même de cette procédure. Le recours collectif en nullité d'un règlement municipal serait inutile, comme une jurisprudence constante de la Cour d'appel du Québec l'a reconnu. Subsidiairement, la ville souleve à nouveau des moyens fondés sur la prescription des recours et l'absence de base juridique suffisante, des arguments que la Cour supérieure et la Cour d'appel ont déjà rejetés. Enfin, elle plaide que, même s'il était accueilli, le moyen basé sur la nullité des règlements ne déboucherait pas sur la création d'une obligation de restitution des taxes. Il entraînerait plutôt l'ouverture d'un processus de révision des budgets de la ville, de réajustement des fardeaux fiscaux des différents secteurs et d'imposition de nouvelles taxes. On ne connaîtrait le montant des nouvelles taxes et des obligations de remboursement de la ville qu'au terme de ce processus.

[17] Comme il ressort de ces prétentions contradictoires, la première question posée par ces appels demeure celle de l'interprétation et de l'application des conditions régissant la procédure d'autorisation préalable des recours collectifs par la Cour supérieure. Il faudra donc rappeler les conditions d'ouverture prévues par le *Code de procédure civile* pour déterminer ensuite si elles ont été bien interprétées et appliquées. Cette analyse permettra de commenter la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec qui écarte le recours collectif dans le cas de demandes de nullité de règlements municipaux. Cette étude conduira ensuite à l'examen de la possibilité de conclusions en recouvrement des taxes, dans l'hypothèse d'une déclaration de nullité des règlements en cause. Il faudra alors apprécier les conséquences d'une déclaration de nullité et vérifier si elle permettrait d'accorder des conclusions en répétition des taxes qui seraient immédiatement exécutoires. À cette occasion, il conviendra

rules of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“C.C.Q.”), respecting the prescription of actions for restitution.

B. *Statutory Framework for Class Actions and Conditions for Bringing Such Actions in the Quebec Law of Civil Procedure*

[18] Quebec civil procedure is primarily statute-based (*Lac d’Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 SCC 51, [2001] 2 S.C.R. 743, at paras. 35-38). The procedure for class actions is no exception. The *Code of Civil Procedure* sets out the conditions for authorizing such proceedings and the principles to be applied in conducting them. I will now review some of the components of the statutory framework for class actions.

[19] The provisions respecting class actions are found in Book IX of the *Code of Civil Procedure*. Article 999 establishes an initial rule for bringing class actions by limiting them to natural persons and to legal persons employing not more than 50 people. Other legal persons cannot institute class actions or even belong to a group on whose behalf one is brought. Furthermore, the institution of a class action requires the prior authorization of the Superior Court, which must be satisfied that the proposed action meets the conditions set out in the Code. Under art. 1003, the authorization of a class action is subject to the following conditions:

1003. The court authorizes the bringing of the class action and ascribes the status of representative to the member it designates if of opinion that:

- (a) the recourses of the members raise identical, similar or related questions of law or fact;
- (b) the facts alleged seem to justify the conclusions sought;
- (c) the composition of the group makes the application of article 59 or 67 difficult or impracticable; and
- (d) the member to whom the court intends to ascribe the status of representative is in a position to represent the members adequately.

d’examiner le mode d’opération des règles du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »), relatives à la prescription des recours en répétition de l’indu.

B. *Le cadre législatif du recours collectif et ses conditions d’ouverture dans le droit judiciaire du Québec*

[18] La loi constitue la source première de la procédure civile du Québec (*Lac d’Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743, par. 35-38). Le recours collectif ne fait pas exception. Le *Code de procédure civile* règle les conditions de recevabilité et le déroulement du recours. Je rappellerai maintenant quelques-unes des composantes de son encadrement législatif.

[19] Les dispositions relatives au recours collectif se retrouvent au Livre IX du *Code de procédure civile*. L’article 999 établit une première règle de recevabilité des recours collectifs lorsqu’il en réserve l’exercice aux personnes physiques et aux personnes morales employant au plus 50 personnes. Les autres personnes morales ne peuvent ni instituer un recours collectif ni même appartenir au groupe qu’il vise. Par ailleurs, l’institution d’un recours collectif exige une autorisation préalable de la Cour supérieure, qui doit être convaincue que le recours projeté répond aux conditions prévues par le Code. L’article 1003 soumet l’autorisation d’un recours collectif à la réalisation des conditions suivantes :

1003. Le tribunal autorise l’exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu’il désigne s’il est d’avis que :

- a) les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;
- b) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées;
- c) la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l’application des articles 59 ou 67; et que
- d) le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d’assurer une représentation adéquate des membres.

[20] The outcome of the action is the same for all members of the group, except those who have requested to be excluded within the time limit set in the judgment granting authorization (art. 1007 C.C.P.). Thus, the members will be bound by any judgment — whether favourable or adverse — rendered in the action.

[21] Although the class action is subject to special rules, the procedure applicable to it is included in the general framework of the *Code of Civil Procedure*, the provisions of which continue to apply insofar as they are relevant. Thus, the conduct of class actions remains subject to the guiding principles of the *Code of Civil Procedure*, including those of good faith and proportionality provided for in arts. 4.1 and 4.2.

[22] Since the legislature enacted the provisions that make it possible to bring class actions in Quebec, this Court and the Quebec Court of Appeal have, despite some initial hesitation, interpreted and applied the rules respecting such proceedings quite broadly. The decisions have favoured easier access to this form of legal proceeding because of the advantages it frequently offers to group members (*Nault v. Canadian Consumer Co.*, [1981] 1 S.C.R. 553; *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec v. Quebec Urban Community Transit Commission*, [1981] 1 S.C.R. 424; *Comité d'environnement de La Baie Inc. v. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée*, [1990] R.J.Q. 655 (C.A.); *Château v. Placements Germarich Inc.*, [1990] R.D.J. 625 (C.A.); *Tremaine v. A.H. Robins Canada Inc.*, [1990] R.D.J. 500 (C.A.)). From this perspective, the motion for authorization to institute a class action acts as a screening mechanism and does not allow for an advance review of the merits of the case (*Nault v. Canadian Consumer*; *Thompson v. Masson*, [1993] R.J.Q. 69 (C.A.), at p. 72; *Pharmascience Inc. v. Option Consommateurs*, 2005 QCCA 437, [2005] R.J.Q. 1367).

[23] In sum, the judge hearing the motion for authorization checks whether there are sufficiently similar questions of fact and law (art. 1003(a)); whether the facts alleged seem to justify the

[20] Sauf exclusion dans le délai fixé par le jugement d'autorisation, le sort des membres suit celui du groupe (art. 1007 C.p.c.). Ainsi, le jugement rendu éventuellement au terme du recours les liera à leur avantage ou à leur détriment.

[21] Si des règles particulières s'appliquent à cette procédure, le recours collectif demeure inscrit dans le cadre général du *Code de procédure civile* et les dispositions de celui-ci continuent à s'y appliquer dans la mesure de leur pertinence. Les principes directeurs du *Code de procédure civile* gouvernent toujours sa conduite, notamment ceux de la bonne foi et de la proportionnalité énoncés aux art. 4.1 et 4.2.

[22] Depuis l'adoption des dispositions permettant l'exercice de recours collectifs au Québec, malgré des hésitations initiales, la jurisprudence de notre Cour et de la Cour d'appel du Québec a interprété et appliqué de manière large les règles relatives à la procédure collective. La jurisprudence a voulu faciliter l'exercice de cette forme de demande judiciaire en raison des avantages qu'elle présente souvent pour des groupes de justiciables (*Nault c. Canadian Consumer Co.*, [1981] 1 R.C.S. 553; *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec*, [1981] 1 R.C.S. 424; *Comité d'environnement de La Baie Inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée*, [1990] R.J.Q. 655 (C.A.); *Château c. Placements Germarich Inc.*, [1990] R.D.J. 625 (C.A.); *Tremaine c. A.H. Robins Canada Inc.*, [1990] R.D.J. 500 (C.A.)). Dans cette perspective, la requête pour autorisation du recours joue un rôle de mécanisme de filtrage qui ne permet pas un examen anticipé du fond du dossier (*Nault c. Canadian Consumer*; *Thompson c. Masson*, [1993] R.J.Q. 69 (C.A.), p. 72; *Pharmascience Inc. c. Option Consommateurs*, 2005 QCCA 437, [2005] R.J.Q. 1367).

[23] En résumé, le juge saisi de la demande d'autorisation vérifie s'il existe des questions de fait et de droit suffisamment communes (al. 1003a)), si les faits allégués paraissent justifier les conclusions

conclusions sought, or in other words, whether there is a *prima facie* case (art. 1003(b)); whether the composition of the group makes it difficult to use arts. 59 and 67 C.C.P. (art. 1003(c)), and whether the representative has the qualities needed to represent the group members (art. 1003(d)). In the cases at bar, it is undisputed that there are common questions and that the representatives are qualified to represent the groups. But problems remain in respect of the existence of a *prima facie* case and the composition of the groups, having regard to the nature of the conclusions being sought. It will therefore be necessary to review the nature and effects of the actions proposed in the motions for authorization in light of the framework established by the municipal by-laws in issue.

C. *Municipal Context*

[24] As I mentioned above, the actions the appellants wish to bring in the Superior Court fall within the specific context of municipal law and of taxation by Quebec cities. Following a review of this context, it will be possible to more precisely identify the purpose of the actions and the legal effect of the conclusions being sought. The appellants submit that the municipal by-laws are null, that the taxes they imposed were therefore collected unlawfully and that the respondent must refund those taxes to the ratepayers. In addition, the proposed actions are intended to ensure that any subsequent actions to recover the taxes paid are not proscribed.

[25] In passing the municipal reorganization legislation, the legislature sought to gradually standardize the varying tax burdens of the different cities being amalgamated. At the same time, it sought to place a ceiling on total tax revenues from the sectors until their tax burdens were harmonized. The main legal argument made by the appellants in their motions for authorization is that the city erred in interpreting and applying the enabling statutory provisions governing the imposition and collection of property and business taxes and that, because of this error, it imposed increases in property and business taxes in the sectors concerned that exceeded the maximum permitted by

recherchées, en d'autres mots s'il existe une apparence de droit sérieuse (al. 1003b)), si la composition du groupe visé rend difficile l'utilisation des art. 59 et 67 C.p.c. (al. 1003c)), et si le représentant possède les qualités requises pour représenter les membres du groupe (al. 1003d)). En l'espèce, l'existence des questions communes et les qualités des représentants ne sont pas en cause. Restent en jeu des problèmes relatifs à l'apparence de droit et à la composition des groupes visés au regard de la nature des conclusions demandées. Il faut alors examiner la nature et les effets des recours visés par les demandes d'autorisation à la lumière du contexte que crée la législation municipale pertinente.

C. *Le contexte municipal*

[24] Comme nous l'avons vu plus haut, les demandes que les appelants souhaitent porter devant la Cour supérieure se situent dans le cadre particulier du droit municipal et de la fiscalité des villes québécoises. L'examen de ce contexte permettra de déterminer plus précisément l'objet des recours et l'effet juridique de leurs conclusions. Selon les prétentions des appelants, les règlements municipaux sont nuls. En conséquence, les taxes qu'ils imposaient ont été perçues illégalement et l'intimée doit les rembourser aux contribuables. Les recours projetés veulent aussi empêcher la prescription des demandes éventuelles en répétition des taxes versées.

[25] La législation sur les regroupements municipaux a voulu normaliser graduellement les fardeaux fiscaux variables des différentes villes qu'elle a regroupées. En même temps, le législateur a cherché à plafonner le rendement total des impositions des secteurs jusqu'à ce que leur fardeau fiscal soit harmonisé. L'argument de droit principal des appelants dans leurs requêtes en autorisation expose que la ville aurait mal interprété et appliqué les dispositions législatives habilitantes encadrant l'imposition et la perception des taxes foncières et d'affaires. En raison de cette erreur, elle aurait imposé des augmentations de taxes sur les propriétés et les entreprises des secteurs visés qui excéderaient le

law. This argument raises an issue that is common not only to the members of the group, but to all the city's ratepayers, regardless of whether they belong to this group and whether they may take part in a class action. If this argument were accepted, the taxation by-laws and the collection of the taxes imposed under them would be null.

[26] But this leads to the question whether quashing the by-laws would result in a right to have the taxes refunded in that it would immediately give rise to liquid and exigible claims in favour of the ratepayers covered by the proposed class actions. Or would a finding of nullity instead place the city under an obligation to redo the necessary calculations to establish its tax base and then adopt new by-laws to reapportion the tax burden among the sectors in a manner consistent with the statutory ceilings? The taxes to be paid in respect of each unit of assessment and the amounts, if any, owed to the group members would not be known until this new process had been completed. This raises the problem of allowing the conclusions being sought if they do not follow from the nature of the action and do not correspond to the legal situation in the case. This problem is aggravated by the fact that an action in nullity affects all ratepayers, regardless of whether they are members of the group. It will therefore be necessary to discuss the decisions in which the Quebec Court of Appeal has refused to authorize class actions in similar cases in which declarations of nullity of municipal by-laws were being sought.

D. *Case Law of the Court of Appeal on Class Actions in the Area of Municipal Law*

[27] Since 1985, the Quebec Court of Appeal has consistently held that the class action is not an appropriate procedure for seeking to quash a municipal by-law. This line of authority can be traced back to *Francaeur v. Municipalité régionale de comté d'Acton*, [1985] R.D.J. 511. In that case, the Court of Appeal refused to authorize an action to quash a process leading to the constitution of a regional county municipality. It concluded that

maximum autorisé par la loi. Cet argument pose une question commune non seulement aux membres du groupe, mais aussi à tous les contribuables de la ville, qu'ils appartiennent ou non à ce groupe et qu'ils puissent participer ou non à un recours collectif. La réception de cet argument frapperait de nullité les règlements d'imposition et la perception des taxes prélevées sous leur autorité.

[26] Cependant, il faut alors se demander si annuler les règlements créerait un droit au remboursement des taxes en faisant naître immédiatement des créances liquides et exigibles en faveur des contribuables visés par les projets de recours collectif. Une conclusion de nullité imposerait-elle plutôt à la ville à une obligation de reprendre les calculs nécessaires pour établir son assiette fiscale et d'adopter ensuite de nouveaux règlements qui modifieraient la répartition de la charge fiscale entre les secteurs en conformité avec les plafonds imposés par la loi? Le montant des taxes de chaque unité d'évaluation et des sommes dues aux membres du groupe, le cas échéant, ne serait connu qu'à la fin de cette nouvelle procédure. Cette question soulève le problème de la recevabilité de conclusions qui ne découlent pas de la nature de la demande et qui ne correspondent pas à la situation juridique en cause. Ce problème s'aggrave en raison des effets du recours en nullité pour l'ensemble des contribuables, membres ou non du groupe. Il faut alors aborder la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec qui refuse l'autorisation d'exercer ce type de recours en nullité de règlements municipaux par la voie collective.

D. *La jurisprudence de la Cour d'appel sur l'exercice du recours collectif en matière municipale*

[27] De manière constante depuis 1985, la Cour d'appel du Québec a conclu que le recours collectif ne représentait pas une voie appropriée pour la présentation d'une demande d'annulation d'un règlement municipal. L'origine de cette jurisprudence se retrouve dans l'arrêt *Francaeur c. Municipalité régionale de comté d'Acton*, [1985] R.D.J. 511. La Cour d'appel avait alors rejeté une demande d'annulation des procédures de formation d'une

a class action would be pointless. An individual action in nullity could have resulted in a declaration of nullity that would have applied in respect of all citizens and ratepayers of the municipality (p. 512). That judgment has since been applied in several other Court of Appeal decisions (*Comité de citoyens et d'action municipale de St-Césaire v. Ville de St-Césaire*, [1986] R.J.Q. 1061; *Gravel v. Corporation municipale de la paroisse de La Plaine*, [1988] R.D.J. 60; *Vena v. Montréal (Ville)*, [2002] J.Q. n° 4807 (QL)).

[28] The rationale for the Court of Appeal's position lies in the actual effect of a conclusion of nullity. When a request for nullity or for the quashing of an administrative act such as a municipal by-law is granted by a court, it does not benefit only the party that brought the action. The conclusion also applies in respect of all citizens and ratepayers in the municipality in question (*Robertson v. City of Montreal* (1915), 52 S.C.R. 30, at p. 76, *per* Brodeur J.; *Corporation du village de Deschênes v. Loveys*, [1936] S.C.R. 351; G. Rousseau, "Le recours en cassation dans le contentieux municipal" (1980), 21 *C. de D.* 715, at p. 778). According to the Court of Appeal, the effect of nullity, which applies in respect of all ratepayers, makes a class action utterly pointless. Although this Court has not explicitly adopted this theory, it did observe in *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347, at para. 20, that it was "generally undesirable" to pursue a class action to obtain a declaration of constitutional invalidity. In the case of an act such as a municipal by-law, the fact that a declaration of nullity applies in respect of everyone, even if it results from an individual action, is undisputed.

E. *Effect of Conclusions Respecting the Recovery of Taxes*

[29] However, the appellants submit that the view that a class action is pointless should be reconsidered where conclusions respecting the recovery of unlawfully collected taxes accompany the request for a declaration of nullity. Such conclusions, it is argued, make a class action necessary. Only a class action would interrupt the three-year prescriptive period applicable to an action for restitution

municipalité régionale de comté. Elle concluait à l'inutilité du recours collectif. Une action individuelle en nullité aurait permis l'annulation à l'égard de tous les citoyens et contribuables de la municipalité (p. 512). Ce jugement a été appliqué dans plusieurs arrêts de la Cour d'appel par la suite (*Comité de citoyens et d'action municipale de St-Césaire c. Ville de St-Césaire*, [1986] R.J.Q. 1061; *Gravel c. Corporation municipale de la paroisse de La Plaine*, [1988] R.D.J. 60; *Vena c. Montréal (Ville)*, [2002] J.Q. n° 4807 (QL)).

[28] La position adoptée par la Cour d'appel s'explique par l'effet même d'une conclusion en nullité. En effet, si le tribunal l'accorde, la conclusion en nullité, ou en annulation d'un acte administratif comme un règlement municipal, ne profite pas seulement à la partie qui a exercé le recours. Elle vaut aussi à l'égard de tous les citoyens et contribuables de la municipalité en cause (*Robertson c. City of Montreal* (1915), 52 R.C.S. 30, p. 76, le juge Brodeur; *Corporation du village de Deschênes c. Loveys*, [1936] R.C.S. 351; G. Rousseau, « Le recours en cassation dans le contentieux municipal » (1980), 21 *C. de D.* 715, p. 778). Selon la Cour d'appel, l'effet de la nullité, qui opère à l'égard de tous les contribuables, rend le recours collectif complètement inutile. Sans adopter explicitement cette doctrine, notre Cour a toutefois noté, dans l'arrêt *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, par. 20, qu'il était « en général peu souhaitable » d'exercer un recours collectif pour obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité. Dans le cas d'un acte comme un règlement municipal, l'effet *erga omnes* de la nullité ne fait aucun doute, même si elle résulte d'un recours individuel.

E. *L'effet des conclusions en recouvrement de taxes*

[29] Les appelants plaident toutefois que l'inutilité prétendue du recours collectif doit être réévaluée lorsque des conclusions en recouvrement de taxes prélevées illégalement complètent la demande de nullité. Leur présence rendrait le recours collectif nécessaire. Seule la voie collective interromprait la prescription de trois ans applicable à la demande de répétition de l'indu, suivant

pursuant to art. 2925 C.C.Q. An initial reservation is in order with respect to this argument: it applies only to the 2005 fiscal year. The motion for authorization does not request the recovery of taxes for 2003 and 2004. The only conclusions sought in respect of those two fiscal years are for declarations of nullity.

[30] For 2005, however, the legal situation flowing from the addition of this conclusion must be considered. The questions that must be asked concerning the conditions set out in art. 1003 C.C.P. for authorizing a class action are whether the declarations of nullity would result in an immediate right to a refund of the taxes and whether prescription had in fact started to run in respect of this right. It will therefore be necessary to consider what the legal effect of declarations of nullity would be. In the appellants' view, the situation is simple and clear. Once the by-laws authorizing the collection of the taxes have been quashed, a debt immediately arises. Ratepayers in the sectors concerned are entitled to a refund of the municipal taxes they paid. But the situation that would result from quashing the by-laws appears to be more complicated than this argument suggests and will require careful analysis: it will be necessary to determine the legal effect of the declarations of nullity and to consider the real nature of the appellants' actions in the context of the taxation system applicable to the municipality and its ratepayers.

[31] It will be necessary, in analysing the legal situation resulting from the request for declarations of nullity, to take into account the strict rules governing the respondent's financial administration. The City of Longueuil was subject, *inter alia*, to the provisions of the *Cities and Towns Act* insofar as they were consistent with specific provisions of its charter or special legislation. That Act provides that a municipality must prepare and adopt an annual budget (s. 474 C.T.A.). In principle, this budget must be balanced (s. 474(1) C.T.A.). In the event of a deficit, the municipality may adopt a supplementary budget (ss. 474.1, 474.2 and 474.3 C.T.A.). Since it cannot finance its activities out of thin air, the municipality must impose and collect any taxes, fees or levies it needs for that purpose.

l'art. 2925 C.c.Q. Une première réserve s'impose ici quant à cet argument. Il ne vaudrait que pour l'année 2005. En effet, la requête en autorisation ne comporte aucune demande en recouvrement des taxes pour les années 2003 et 2004. Elle ne prévoit que des conclusions en nullité pour ces deux exercices financiers.

[30] Pour l'année 2005, il faut cependant examiner la situation juridique créée par l'ajout de cette conclusion. Il est nécessaire de se demander, au cours de l'étude des conditions prévues pour l'autorisation d'un recours collectif en vertu de l'art. 1003 C.p.c., si la déclaration de nullité ferait naître immédiatement un droit au remboursement des taxes et si la prescription de ce droit avait effectivement commencé à courir. On doit donc examiner l'effet juridique d'une déclaration éventuelle de nullité. Dans l'optique des appelants, la situation est simple et claire. Après l'annulation des règlements autorisant la perception des taxes, une dette existe immédiatement. Les contribuables des secteurs visés ont droit au remboursement des impôts municipaux qu'ils ont versés. La situation qui résulterait de l'annulation paraît plus complexe que le suggère cette argumentation. Il faut l'analyser avec soin, déterminer l'effet juridique du jugement de nullité et s'interroger sur la nature réelle des recours engagés par les appelants dans le contexte créé par le système fiscal applicable à la municipalité et à ses contribuables.

[31] L'analyse de la situation juridique que crée le recours en annulation doit prendre en compte les règles strictes qui gouvernent l'administration financière de l'intimée. Entre autres, la Ville de Longueuil se trouvait assujettie aux dispositions de la *Loi sur les cités et villes*, sous réserve des dispositions spécifiques de sa charte ou loi particulière. En vertu de cette loi, une municipalité doit présenter et faire adopter un budget annuel (art. 474 L.c.v.). En principe, ce budget doit être équilibré (par. 474(1) L.c.v.). En cas de déficit, elle peut adopter un budget supplémentaire (art. 474.1, 474.2 et 474.3 L.c.v.). Comme elle ne se finance pas avec l'air du temps, la municipalité doit imposer et percevoir les taxes, frais ou impositions nécessaires au financement de ses activités. Entre autres, elle

It must, for example, pay back its loans and settle its debts, including those resulting from judgments against it. If a judgment is rendered against it, the municipality must — unless it has sufficient funds at its disposal to pay the judgment amount — adopt a resolution to raise the funds needed to satisfy the judgment by means of a levy on all taxable property within its territory (s. 592 C.T.A.). Such a resolution would impose the equivalent of a special tax on all ratepayers. Should the municipality fail to do so, and should it be necessary to go that far, the public official responsible for the compulsory execution of judgments would impose such a tax on all property within the municipality (s. 595 C.T.A.). As a result of this process, a ratepayer who is a judgment creditor following a successful action against the municipality for the recovery of taxes would have to pay a portion of the judgment amount to be determined by applying the principles and rules for the assessment of taxable property and the calculation of municipal taxes.

[32] One of the conclusions sought in the motion for authorization filed by the appellant Marcotte is for a refund of the property taxes collected in 2005 in the four sectors where the legal limit was allegedly exceeded. The motion by Usinage Pouliot Inc. contains a similar conclusion in respect of the business tax. These conclusions are based on an implicit premise that in the context of these cases, a declaration of nullity would give rise to an immediate obligation to refund. There have been cases in which such an obligation has flowed immediately from a court's determination that a municipal tax by-law is null. This Court's judgment in *Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Sainte-Foy*, [1983] 1 S.C.R. 403, is an interesting example of this. The amount of the municipality's debt was established. Because the by-law was null in respect of a piece of property that was wrongly held not to be agricultural land subject to special tax treatment, the owner was entitled to immediate payment of a specific amount. The request for a declaration of nullity and the claim for taxes wrongly paid were inseparable elements of a single proceeding.

doit pourvoir au remboursement de ses emprunts et acquitter ses dettes, y compris celles résultant des jugements prononcés contre elle. Lorsqu'un jugement défavorable est rendu contre elle, la municipalité doit, sauf si elle possède les disponibilités suffisantes pour en acquitter le montant, prélever par résolution les fonds nécessaires pour le payer sur tous les biens imposables de son territoire (art. 592 L.c.v.). Cette résolution imposerait l'équivalent d'une taxe spéciale à tous les contribuables. À défaut, s'il fallait se rendre jusqu'à de telles extrémités, le fonctionnaire chargé de l'exécution forcée des jugements imposerait une telle taxe sur l'ensemble des propriétés dans la municipalité (art. 595 L.c.v.). Au terme de cet exercice, le contribuable titulaire d'un jugement contre la municipalité, pour remboursement de taxes, devrait en acquitter une partie à déterminer suivant les principes et règles applicables à l'évaluation des biens imposables et au calcul des impôts municipaux.

[32] La requête pour autorisation déposée par l'appelant Marcotte conclut au remboursement des taxes foncières versées en 2005 dans les quatre secteurs où le plafond prévu par la loi aurait été dépassé. La requête d'Usinage Pouliot contient une demande semblable au sujet de la taxe d'affaires. Ces conclusions reposent sur le postulat implicite qu'une déclaration de nullité entraînerait la naissance immédiate d'une obligation de remboursement dans le contexte de ces affaires. Il arrive parfois que cette obligation résulte de façon immédiate du constat judiciaire de la nullité des règlements imposant une taxe municipale. Le jugement de notre Cour dans l'arrêt *Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Sainte-Foy*, [1983] 1 R.C.S. 403, en donne un exemple intéressant. Le montant de la dette de la municipalité était établi. La nullité du règlement municipal, à l'égard d'une propriété qu'on refusait à tort de reconnaître comme un terrain agricole assujéti à un régime fiscal particulier, entraînait immédiatement le droit à un paiement déterminé. La demande de nullité et la réclamation des taxes versées indûment constituaient des éléments indissociables d'un même recours.

[33] The situation in the cases now before the Court differs from the one in *Abel Skiver Farm*. Because of the way they are worded, the conclusions sought by the appellants are unenforceable as regards the city's obligation to refund. Moreover, I will not discuss at length whether it is in fact feasible for the city to refund at once all the property taxes relating to four of its sectors. The appellants describe this as a totally unrealistic disaster scenario that would result in swift remedial action by the Quebec National Assembly (transcript, at pp. 3 and 13). I readily concede that such a scenario would no doubt not occur and that, in the public interest, a different solution would have to be found if the appellants were to succeed in a trial on the merits. The fact remains that the appellants' conclusions as worded lead to just such an outcome.

[34] Furthermore, in substance, these conclusions disregard the entire taxation and budgetary system governing municipalities such as the city, which I outlined above. In the context of this system, the appellants' request for a declaration of nullity amounts in legal terms to asking the court to hold that the respondent has an obligation to recalculate the property and business taxes in a manner consistent with the law as interpreted by the appellants. In the cases at bar, a declaration that the tax by-laws are null would oblige the city to revisit its budgetary exercise and tax regime to restore the necessary balance in its finances. It would have to review its fiscal planning, determine to what extent it intended to resort to property taxes or to other sources of municipal revenues, reassess allocations among the various sectors and, possibly, adopt a supplementary budget pursuant to the provisions of the *Cities and Towns Act* and of its charter. As debtor in respect of the collected taxes, the municipality would probably be unable to refund them without imposing additional taxes on its ratepayers. Even the members of the group covered by the class action would be debtors in respect of the taxes needed to satisfy their own claims. Moreover, all these transactions would have to be conducted after the partial demerger of the city. The amount of tax owed in respect of each unit of assessment and,

[33] La situation dans les dossiers que nous examinons diffère de celle en cause dans l'arrêt *Abel Skiver Farm*. En raison de leur formulation, les conclusions demandées par les appelants demeurent inexécutoires quant à l'obligation de remboursement de la ville. De plus, je n'insiste pas sur la possibilité réelle que la ville réussisse à rembourser d'un coup toutes les taxes foncières afférentes à quatre secteurs de son territoire. Les appelants qualifient d'ailleurs cette hypothèse de scénario catastrophe totalement irréaliste, qui provoquerait rapidement une intervention remédiate de l'Assemblée nationale du Québec (transcription, p. 3 et 13). Je concède volontiers que ce scénario ne se réaliserait sans doute pas et que le souci de l'intérêt public imposerait une solution différente, si les appelants avaient gain de cause dans un procès au fond. Il demeure que les conclusions des appelants sont formulées dans ce sens.

[34] De plus, la teneur de ces conclusions fait fi de tout le système fiscal et budgétaire qui régit les municipalités comme la ville et dont j'esquissais plus haut les grands traits. Dans le contexte de ce système, la demande de nullité formulée par les appelants équivaut juridiquement à la recherche de la reconnaissance judiciaire d'une obligation pour l'intimée de recalculer les impôts fonciers et la taxe d'affaires conformément à la loi, selon l'interprétation que lui donnent les appelants. En l'espèce, la nullité des règlements imposant les taxes obligerait la ville à reprendre son exercice budgétaire et fiscal, pour rétablir l'équilibre nécessaire de ses finances. Elle devrait revoir sa planification fiscale, déterminer jusqu'à quel point elle entendrait recourir à l'impôt foncier ou aux autres sources de revenus municipales, réévaluer les répartitions entre les différents secteurs et, possiblement, adopter un budget supplémentaire conformément aux dispositions de la *Loi sur les cités et villes* et à celles de sa charte. Débitrice des taxes perçues, la municipalité ne pourrait probablement pas rembourser celles-ci sans taxer à nouveau les contribuables. Même les membres du groupe visé se trouveraient débiteurs des impôts nécessaires au remboursement de leurs créances. De plus, toutes ces opérations devraient être effectuées après la défusion partielle de la ville. Le montant de la taxe due pour chaque unité

consequently, the refund amounts would depend on the results of this exercise. In reality, the action in nullity looks very much like a proceeding to quash the by-laws that includes a request for *mandamus* to compel the city to calculate its taxes in accordance with the law.

[35] I would add that the requests that all property and business taxes paid in the four sectors covered by the proposed class actions be refunded do not appear to be compatible with the principles governing the restitution of payments not due and of prestations set out in the *Civil Code of Québec*, and in particular in arts. 1492 and 1699. These principles have constituted the *jus commune* of Quebec in such matters, even in the area of municipal law, since the *Civil Code of Québec* came into force (*Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862). The appellants' claim for the restitution of payments not due is subject to the rules governing, more broadly, the restitution of prestations (arts. 1492 and 1699 C.C.Q.). In an action for the restitution of prestations, the *Civil Code of Québec* authorizes the court to negate or temper the obligation to make restitution (J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (6th ed. 2005), by P.-G. Jobin in collaboration with N. Vézina, at pp. 830-31). This rule applies to legal persons established in the public interest, in accordance with the principles laid down in *Québec (Sous-ministre du Revenu) v. B.D.*, [2002] R.J.Q. 54 (C.A.), and *Amusements St-Gervais inc. v. Legault*, [2000] J.Q. n° 687 (QL) (C.A.), at paras. 30-31, *per* Michaud C.J.Q. Thus, the amount of the debt is not established until after the court has intervened, and the court may even cancel the debt in its entirety in some cases, as in *Québec (Sous-ministre du Revenu) v. B.D.*

[36] In the cases at bar, the appellants received municipal services throughout 2003, 2004 and 2005. Moreover, the dispute over the calculation of their taxes concerns only a portion of what they paid. Under the rules applicable to the restitution of prestations, it is unlikely that the amount of their claim would correspond to the amount they are seeking. Given this legal framework and this context, the conclusion being sought does not meet the *prima facie* case requirement of art. 1003(b) C.C.P.

d'évaluation et, en conséquence, celui des remboursements dépendraient du résultat de cet exercice. En réalité, on constate que la demande de nullité ressemble fort à une procédure d'annulation assortie de conclusions en *mandamus* pour contraindre la ville à calculer ses taxes conformément à la loi.

[35] J'ajoute que les demandes de remboursement de toutes les taxes foncières et d'affaires versées dans les quatre secteurs visés par les projets de recours collectifs paraissent peu compatibles avec les principes gouvernant la répétition de l'indu et la restitution des prestations selon le *Code civil du Québec*, notamment aux art. 1492 et 1699. Ces principes constituent d'ailleurs le droit commun du Québec en ces matières, même en droit municipal depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* (*Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862). La demande de répétition de l'indu des appelants se trouve assujettie aux règles gouvernant de façon plus large la restitution des prestations (art. 1492 et 1699 C.c.Q.). Dans le cas d'une demande de restitution des prestations, le *Code civil du Québec* permet au tribunal d'intervenir pour écarter ou tempérer l'obligation de restitution (J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (6^e éd. 2005), par P.-G. Jobin avec la collaboration de N. Vézina, p. 830-831). Cette règle s'applique aux personnes morales de droit public, suivant les principes établis dans l'arrêt *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. B.D.*, [2002] R.J.Q. 54 (C.A.), et *Amusements St-Gervais inc. c. Legault*, [2000] J.Q. n° 687 (QL) (C.A.), par. 30-31, le juge en chef Michaud. Le montant de la créance n'est alors établi qu'après l'intervention de la cour, qui peut même l'éteindre totalement dans certains cas, comme dans l'arrêt *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. B.D.*

[36] En l'espèce, les appelants ont reçu des services municipaux au cours des années 2003, 2004 et 2005. Par ailleurs, le conflit sur le calcul de leurs impôts ne touche qu'une fraction de ceux-ci. Suivant les principes applicables à la restitution des prestations, il reste peu probable que le montant de leur créance corresponde à celui de leur demande. Dans ce cadre juridique et dans ce contexte, la conclusion recherchée ne répond pas au critère de l'apparence de droit sérieuse exigée par l'al. 1003(b)

(*Comité régional des usagers des transports en commun de Québec v. Quebec Urban Community Transit Commission*).

F. Argument Regarding Prescription

[37] The conclusion respecting the refund is also problematic in light of the appellants' argument regarding prescription. According to the appellants, only a class action will interrupt prescription in the case of an action for restitution. This argument is based on the assumption that it was possible for prescription to run. But for prescription to run, there must be a debt in a recoverable form. A claim cannot be prescribed before it has arisen and become exigible. Before discussing the suspension or interruption of prescription, it is necessary to determine when and how it began to run (J. W. Durnford, "Some Aspects of the Suspension and of the Starting Point of Prescription", [1963] *Thémis* 245, at p. 250; P. Martineau, *La prescription* (1977), at pp. 251-52).

[38] Moreover, where the prescription or extinction of the action in nullity itself is concerned, an individual action for a declaration of nullity would interrupt prescription just as effectively as a class action in that it would, if successful, have effect with regard to everyone, provided that it was brought within the general time limit set out in the *Civil Code of Québec*. That time limit would correspond to the 10-year general law prescriptive period provided for in art. 2922 C.C.Q. (*Abel Skiver Farm*, at p. 445; J. Héту and Y. Duplessis, *Droit municipal — Principes généraux et contentieux* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at p. 8 566). This Court has also noted that despite this general provision of the *Civil Code of Québec*, the action must be pursued diligently, within a reasonable time, because of its discretionary nature in administrative law (*Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326; Héту and Duplessis, at pp. 8 568 and 8 569). If it is brought within a reasonable time, an action in nullity that is allowed by a court results in a nullity that has effect with regard to everyone.

C.p.c. (*Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec*).

F. L'argument de prescription

[37] La conclusion relative au remboursement fait aussi problème à propos de l'argument de prescription formulé par les appelants. Celui-ci voudrait que seul le recours collectif interrompe la prescription du recours en répétition de l'indu. Ce moyen suppose que la prescription pouvait courir. Or, pour que la prescription coure, il faut que la créance existe sous une forme qui permette de la réclamer. Une créance ne peut se prescrire avant d'être née et d'être devenue exigible. Avant de débattre de la suspension ou de l'interruption d'une prescription, on doit d'abord déterminer quand et comment elle commence à courir (J. W. Durnford, « Some Aspects of the Suspension and of the Starting Point of Prescription », [1963] *Thémis* 245, p. 250; P. Martineau, *La prescription* (1977), p. 251-252).

[38] Par ailleurs, à l'égard de la prescription ou de l'extinction du recours en nullité proprement dit, l'exercice du recours individuel en déclaration de nullité interrompt la prescription aussi efficacement qu'un recours collectif, en ce sens que le recours individuel qui réussit produit son effet à l'égard de tous, pourvu qu'il soit institué dans le délai général prescrit par le *Code civil du Québec*. Celui-ci correspondrait à la prescription de droit commun de 10 ans prévue par l'art. 2922 C.c.Q. (*Abel Skiver Farm*, p. 445; J. Héту et Y. Duplessis, *Droit municipal — Principes généraux et contentieux* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 8 566). Par ailleurs, notre Cour a rappelé que malgré cette disposition générale du *Code civil du Québec*, le recours devrait être exercé avec diligence, dans un délai raisonnable, en raison de son caractère discrétionnaire en droit administratif (*Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326; Héту et Duplessis, p. 8 568 et 8 569). S'il est institué dans ce délai raisonnable, le recours en nullité accueilli par un tribunal entraîne la nullité à l'égard de tous.

[39] In the cases at bar, as I mentioned above, the declarations of nullity being sought would entitle the members of the groups identified in the motions for authorization to a recalculation of their property or business taxes. Only such a recalculation would give rise to a liquid and exigible claim, which would cause prescription to start running in respect of an action for restitution, with the underlying problems I mentioned above. In my view, this makes it all the more clear that the Court of Appeal was right to uphold the Superior Court's judgment and deny the appellants authorization to institute class actions. The actions would be of no assistance in interrupting prescription, since prescription has not yet started to run. The demands do not lead to the conclusion being sought. But this is not the only problem raised by the appellants' motions.

G. *Composition of the Group*

[40] Owing to the specific characteristics of an action to quash a municipal by-law, difficulties arise with respect to the operation of certain procedural rules governing the establishment of and changes to the group covered by a class action. Thus, because of the fact that such a declaration would apply in respect of all ratepayers, members of the group would not be able to withdraw effectively from the action in nullity. This is contrary to the rules respecting the institution and conduct of class actions, which give them the option of withdrawing from or refusing to participate in such actions and set time limits for doing so (arts. 1006(e) and 1007 C.C.P.).

H. *Jurisdictional Issues*

[41] The actions the appellants wish to institute fall undeniably within the ambit of art. 33 C.C.P. But other causes of nullity, such as formal defects and irregularities, would instead fall within the framework of annulment proceedings over which the Superior Court is granted jurisdiction in statutes relating to municipalities, such as the *Cities and Towns Act*, s. 397, and the *Municipal Code of Québec*, R.S.Q., c. C-27.1, arts. 689 and 690. In

[39] En l'espèce, comme je l'ai souligné plus haut, la déclaration de nullité recherchée ferait des membres des groupes visés par les requêtes en autorisation les titulaires d'un droit à un nouveau calcul de leurs taxes foncières ou d'affaires. Seule cette opération ferait apparaître une créance liquide et exigible, dont la naissance déclencherait le cours de la prescription d'un recours en restitution, avec les problèmes sous-jacents que j'ai évoqués plus haut. Cette constatation me convainc encore plus fortement que la Cour d'appel a eu raison de confirmer le jugement de la Cour supérieure et de refuser aux appelants l'autorisation d'exercer des recours collectifs. Les recours ne sont d'aucune utilité pour interrompre une prescription dont le point de départ n'est pas encore survenu. Les demandes ne conduisent pas aux conclusions réclamées. Ce problème n'est pas d'ailleurs le seul que soulèvent les requêtes des appelants.

G. *La composition du groupe*

[40] Les traits particuliers des recours en nullité des règlements municipaux suscitent des difficultés quant au fonctionnement de certaines règles de procédure gouvernant la formation et l'évolution du groupe visé par un recours collectif. En effet, les membres du groupe ne pourraient se désengager effectivement de la demande de nullité, toujours en raison de son effet à l'égard de l'ensemble des contribuables, contrairement à ce que prévoient les règles relatives à l'institution et à la conduite des recours collectifs, qui accordent une faculté de retrait des procédures collectives ou de refus d'y participer et établissent des délais de désengagement (al. 1006e) et art. 1007 C.p.c.).

H. *Les problèmes de compétence*

[41] Les recours que veulent instituer les appelants se situent indéniablement dans le cadre de l'art. 33 C.p.c. Cependant, d'autres causes de nullité comme des défauts de forme ou des irrégularités se situeraient plutôt dans le cadre des recours en cassation attribués à la compétence de la Cour supérieure par des lois municipales comme la *Loi sur les cités et villes*, art. 397, et le *Code municipal du Québec*, L.R.Q., ch. C-27.1, art. 689 et 690. La ligne

many cases, there is a fine line between the subject matter of a motion for annulment and that of an action in nullity under art. 33 (see Rousseau, at pp. 766-68; Héту and Duplessis, at p. 8 553; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, at pp. 343-46, *per* Gonthier J.). Recourse to the class action in such situations could hamper the conduct of proceedings that are in principle simple and quick, and would hardly be consistent with the principle of proportionality set out in art. 4.2 C.C.P.

I. *Principle of Proportionality*

[42] Even though there is no need to invoke the principle of proportionality to justify the dismissal of the motions to authorize the class actions in issue here, I think it would be helpful to add a few comments about this principle, as I would not wish to limit it to a principle of interpretation that confers no real power on the courts in respect of the conduct of civil proceedings in Quebec.

[43] The principle of proportionality set out in art. 4.2 C.C.P. is not entirely new. To be considered proper, a proceeding must be consistent with it (see Y.-M. Morissette, “Gestion d’instance, proportionnalité et preuve civile: état provisoire des questions” (2009), 50 *C. de D.* 381). Moreover, the requirement of proportionality in the conduct of proceedings reflects the nature of the civil justice system, which, while frequently called on to settle private disputes, discharges state functions and constitutes a public service. This principle means that litigation must be consistent with the principles of good faith and of balance between litigants and must not result in an abuse of the public service provided by the institutions of the civil justice system. There are of course special rules for the most diverse aspects of civil procedure. The application of these rules will often make it possible to avoid having recourse to the principle of proportionality. However, care must be taken not to deny this principle, from the outset, any value as a source of the courts’ power to intervene in case management. From this perspective, the effect of the principle of proportionality is to cast serious doubts on the appropriateness of bringing class actions to achieve the purposes

de démarcation entre l’objet de la requête en cassation et celui de la demande de fondée sur l’art. 33 demeure souvent difficile à tracer (voir Rousseau, p. 766-768; Héту et Duplessis, p. 8 553; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, p. 343-346, le juge Gonthier). L’usage du recours collectif dans de pareilles situations risquerait d’affecter le fonctionnement de recours en principe simples et rapides, et ne respecterait guère le principe de la proportionnalité énoncé à l’art. 4.2 C.p.c.

I. *Le principe de la proportionnalité*

[42] Même s’il n’est pas nécessaire d’invoquer le principe de la proportionnalité pour conclure au rejet des demandes d’autorisation des recours collectifs que nous examinons, je crois utile d’ajouter quelques réflexions à son sujet, car je ne voudrais pas le réduire à un simple principe à valeur interprétative qui n’accorderait aucun pouvoir réel aux tribunaux à l’égard de la conduite de la procédure civile au Québec.

[43] Le principe de la proportionnalité qu’énonce l’art. 4.2 C.p.c. n’est pas entièrement nouveau. Toute bonne procédure devrait le respecter (voir Y.-M. Morissette, « Gestion d’instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions » (2009), 50 *C. de D.* 381). L’exigence de proportionnalité dans la conduite de la procédure reflète d’ailleurs la nature de la justice civile qui, souvent appelée à trancher des litiges privés, remplit des fonctions d’État et constitue un service public. Ce principe veut que le recours à la justice respecte les principes de la bonne foi et de l’équilibre entre les plaideurs et n’entraîne pas une utilisation abusive du service public que forment les institutions de la justice civile. Certes, des règles particulières gouvernent les aspects les plus divers de la procédure civile. Leur mise en œuvre évitera souvent le recours à l’application du principe de la proportionnalité. Toutefois, on devrait se garder de le priver, dès le départ, de toute valeur comme source du pouvoir d’intervention des tribunaux dans la gestion des procès. Dans cette perspective, la présence du principe de la proportionnalité jette des doutes graves sur l’à-propos d’engager des recours collectifs aux fins visées par les procédures des appelants.

being pursued in the appellants' proceedings. The class action has a significant social and legal role, as the courts have often confirmed. Nevertheless, I consider the Quebec Court of Appeal's consistent line of authority, according to which a request for a declaration that a municipal by-law is null cannot be made by means of a class action, to be sound in that it reminds us that the class action must be used properly, which does not seem to me to be the case in the two appeals before this Court.

V. Conclusion

[44] For these reasons, I would dismiss the appeals with costs.

English version of the reasons of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Cromwell JJ. delivered by

[45] DESCHAMPS J. (dissenting)—The Court must decide whether Quebec courts have a discretion to grant municipalities immunity from class actions for the recovery of wrongfully collected taxes and, in so doing, to block ratepayers' access to justice through such proceedings. In my opinion they do not, and I would therefore allow the appeals.

I. Facts

[46] The subject of municipal reorganization was very much in the public eye in Quebec for almost a quarter of a century before the *Act to reform the municipal territorial organization of the metropolitan regions of Montréal, Québec and the Outaouais*, S.Q. 2000, c. 56 (“*Amalgamations Act*”), was enacted. In 2000, Louise Harel, the then Minister of Municipal Affairs, announced the tabling of a bill whose purpose was to reorganize municipalities. At that time, Quebec had 1,306 local municipalities, far more than the neighbouring provinces and states. This fragmentation was seen as an impediment to economic development. But in creating conditions favourable to municipal development, equality in taxation among ratepayers would have to be taken into account: A. Latendresse, “La

Le recours collectif joue un rôle social et juridique considérable que la jurisprudence a souvent confirmé. Toutefois, la jurisprudence constante de la Cour d'appel du Québec qui interdit la demande de nullité de règlements municipaux par le truchement d'un recours collectif me paraît sage dans cette perspective, car elle rappelle que ce type de recours doit être exercé à bon escient, ce qui ne me paraît pas être le cas dans le contexte des deux pourvois dont notre Cour est saisie.

V. Conclusion

[44] Pour ces motifs, je rejeterais les pourvois avec dépens.

Les motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps et Cromwell ont été rendus par

[45] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — La Cour doit décider si les tribunaux québécois possèdent le pouvoir discrétionnaire d'accorder aux municipalités l'immunité contre les recours collectifs visant la répétition de taxes perçues sans droit, bloquant ainsi l'accès collectif à la justice des contribuables lors d'une demande de cette nature. Je suis d'avis de répondre négativement à cette question et d'accueillir les pourvois.

I. Faits

[46] La réorganisation municipale est un sujet qui a occupé la scène publique québécoise pendant près d'un quart de siècle avant l'adoption de la *Loi portant réforme de l'organisation territoriale municipale des régions métropolitaines de Montréal, de Québec et de l'Outaouais*, L.Q. 2000, ch. 56 (« *Loi sur les fusions* »). En 2000, la ministre des Affaires municipales de l'époque, M^{me} Louise Harel, annonce le dépôt d'un projet de loi dont le but est de réorganiser les municipalités. Le Québec compte alors 1 306 municipalités locales, nombre qui dépasse de beaucoup celui des provinces et États voisins. La fragmentation est vue comme un handicap au développement économique. Les conditions favorisant le développement municipal doivent cependant être mises en place dans le

réforme municipale et la participation publique aux affaires urbaines montréalaises: Rupture ou continuité”, in B. Jouve and P. Booth, eds., *Démocraties métropolitaines* (2004), 155, at p. 158, note 2; J. L’Heureux, “La fiscalité locale québécoise peut-elle remplir ses promesses?”, in Rapport général de synthèse du Colloque de l’Association québécoise de droit comparé, *Dans la foulée des réformes municipales*, April 20, 2001; Quebec, National Assembly, *Journal des débats*, vol. 37, No. 31, 2nd Sess., 36th Leg., June 1, 2001, at p. 1818 (Mr. Marc Boulianne). As part of the most sweeping reform ever carried out in the municipal sphere in Quebec, the *Amalgamations Act* came into force on January 1, 2002. These two appeals concern the new city of Longueuil (“Longueuil”). This city resulted from the amalgamation of several municipalities on Montréal’s South Shore: the cities of Boucherville, Brossard, Greenfield Park, LeMoyne, Longueuil, Saint-Bruno-de-Montarville, Saint-Lambert and Saint-Hubert. These former municipalities became sectors of Longueuil.

[47] The amalgamations did not go smoothly, however, and in 2003, Quebec passed the *Act respecting the consultation of citizens with respect to the territorial reorganization of certain municipalities*, S.Q. 2003, c. 14 (“*Demergers Act*”). Under it, a sector could obtain authorization to “demerge” after a referendum was held. The citizens of Boucherville, Brossard, Saint-Lambert and Saint-Bruno-de-Montarville voted in favour of demerge, which took effect in 2006.

[48] At issue in these appeals is Longueuil’s exercise of its taxation powers in the 2003, 2004 and 2005 fiscal years. The relevant statutory provisions are reproduced in the Appendix. The appellant Marcotte is a resident of Saint-Lambert, and the appellant Usinage Pouliot Inc. is resident in Saint-Bruno-de-Montarville. They applied to the Superior Court for authorization to institute class actions, arguing that Longueuil had not exercised its taxation power in accordance with the law.

[49] Mr. Marcotte applied to represent all natural persons and legal persons (with no more than

respect de l’équité fiscale entre les contribuables : A. Latendresse, « La réforme municipale et la participation publique aux affaires urbaines montréalaises : Rupture ou continuité », dans B. Jouve et P. Booth, dir., *Démocraties métropolitaines* (2004), 155, p. 158, note 2; J. L’Heureux, « La fiscalité locale québécoise peut-elle remplir ses promesses? », dans Rapport général de synthèse du Colloque de l’Association québécoise de droit comparé, *Dans la foulée des réformes municipales*, 20 avril 2001; Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 37, n° 31, 2^e sess., 36^e lég., 1^{er} juin 2001, p. 1818 (M. Marc Boulianne). Dans le cadre de la plus grande réforme qu’ait connue jusque-là le monde municipal québécois, entre en vigueur, le 1^{er} janvier 2002, la *Loi sur les fusions*. Les deux présents pourvois concernent la nouvelle ville de Longueuil (« Longueuil »). Cette ville regroupe plusieurs municipalités de la Rive-Sud de Montréal, soit les villes de Boucherville, Brossard, Greenfield Park, LeMoyne, Longueuil, Saint-Bruno-de-Montarville, Saint-Lambert et Saint-Hubert. Les anciennes municipalités deviennent des secteurs de Longueuil.

[47] Les fusions municipales ne se font cependant pas sans heurts et, en 2003, Québec adopte la *Loi concernant la consultation des citoyens sur la réorganisation territoriale de certaines municipalités*, L.Q. 2003, ch. 14 (« *Loi sur les défusions* »). Cette loi prévoit la possibilité de tenir une consultation populaire dans le but d’autoriser un secteur à défusionner. Les citoyens de Boucherville, Brossard, Saint-Lambert et Saint-Bruno-de-Montarville optent pour la défusion, qui prend effet en 2006.

[48] Les présents pourvois mettent en cause l’exercice du pouvoir de taxation de Longueuil pour les années 2003, 2004 et 2005. Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe. L’appelant Marcotte est résident de Saint-Lambert et l’appelante Usinage Pouliot Inc., de Saint-Bruno-de-Montarville. Ils ont demandé à la Cour supérieure l’autorisation d’exercer un recours collectif, plaidant que Longueuil n’avait pas exercé son pouvoir de taxation conformément à la loi.

[49] Monsieur Marcotte demande à représenter toutes les personnes physiques ou morales (de

50 employees) required to pay Longueuil's general property tax in 2003, 2004 and 2005 in four sectors: Boucherville, Brossard, Saint-Bruno-de-Montarville and Saint-Lambert. Usinage Pouliot's application concerned the business tax for 2005 and was limited to the sector of Saint-Bruno-de-Montarville.

[50] The appellants Marcotte and Usinage Pouliot contended that the tax increases for the years in issue were *ultra vires*. Tax rates varied from one former municipality to another, but the legislation provided that they were to be harmonized over a period of 20 years. Mr. Marcotte and Usinage Pouliot contested the by-laws setting the property tax and business tax rates ("the by-laws"). According to the appellants, these by-laws were *ultra vires* Longueuil because they increased, in Mr. Marcotte's case, the tax burden and, in Usinage Pouliot's case, the business tax, by more than 5% per year in each of the sectors, thereby contravening ss. 87.1 and 87.2 of the *Charter of Ville de Longueuil*, R.S.Q., c. C-11.3, which had come into force on January 1, 2002. Mr. Marcotte also contested a resolution for the 2005 fiscal year in which the municipal council identified the part of the increase in the tax burden that did not result from the constitution of the new city. In the Superior Court and in the Court of Appeal, Mr. Marcotte contested the by-laws for 2003, 2004 and 2005, but he contested only the resolution for 2005 and claimed restitution in respect of 2005 only. Usinage Pouliot's application related only to 2005. In this Court, Mr. Marcotte seeks to amend his conclusions to request a declaration that the resolutions for 2003 and 2004 were null and claim restitution in respect of those years.

II. Judicial History

A. *Superior Court*

[51] In the Superior Court, Longueuil raised three arguments to contest the motions: (1) that the motions were unfounded in law, (2) that the class action is not an appropriate vehicle for quashing a municipal by-law and recovering taxes paid, and

moins de 50 employés) assujetties à la taxe foncière générale de Longueuil en 2003, 2004 et 2005 dans les quatre secteurs suivants : Boucherville, Brossard, Saint-Bruno-de-Montarville et Saint-Lambert. La demande d'Usinage Pouliot vise la taxe d'affaires pour l'année 2005 dans le seul secteur de Saint-Bruno-de-Montarville.

[50] Les appelants Marcotte et Usinage Pouliot prétendent que les hausses de taxes pour les années en cause sont *ultra vires*. Les taux de taxation des anciennes municipalités variaient d'un endroit à l'autre, mais la loi a prévu un délai de 20 ans pour les uniformiser. Monsieur Marcotte et Usinage Pouliot contestent les règlements établissant le taux des taxes foncières et taxes d'affaires (« les règlements »). Selon les appelants, ces règlements outrepasseraient les pouvoirs de Longueuil, parce qu'ils auraient pour effet d'augmenter de plus de 5 % par année par secteur le fardeau fiscal dans le dossier Marcotte et la taxe d'affaires dans le dossier Usinage Pouliot, en violation des art. 87.1 et 87.2 de la *Charte de la Ville de Longueuil*, L.R.Q., ch. C-11.3, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002. Monsieur Marcotte conteste aussi une résolution du conseil municipal pour l'exercice financier 2005 identifiant la partie de l'augmentation du fardeau fiscal qui ne découle pas de la constitution de la nouvelle ville. Devant la Cour supérieure et la Cour d'appel, M. Marcotte a contesté les règlements pour les exercices 2003, 2004 et 2005, mais il ne contestait la résolution et ne demandait la répétition de l'indu que pour l'année 2005. La demande d'Usinage Pouliot n'a toujours visé que 2005. Devant notre Cour, M. Marcotte désire modifier ses conclusions pour demander l'annulation des résolutions concernant les années 2003 et 2004 ainsi que demander la répétition de l'indu pour ces années.

II. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure*

[51] Devant la Cour supérieure, Longueuil conteste les demandes en invoquant trois moyens. Elle prétend que (1) les requêtes sont irrecevables en droit; (2) que le recours collectif n'est pas un véhicule approprié en cas de demande d'annulation

(3) that the conditions set out in art. 1003 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 (“C.C.P.”), for authorizing a class action had not been met.

[52] In support of its contention that the motions were unfounded in law, Longueuil submitted that the alleged facts did not lead to the conclusion that the 5% ceiling on increases had been exceeded. Hébert J. rejected this argument on the basis that the discussion of the facts went to the merits of the cases: 2006 QCCS 6516, [2006] J.Q. n° 15494 (QL), and 2006 QCCS 6517, [2006] J.Q. n° 15495 (QL). Regarding the appropriateness of proceeding by class action, he held that he was bound by the case law of the Court of Appeal, according to which the class action is not an appropriate procedural vehicle for quashing a municipal by-law and recovering taxes. He relied in particular on the following cases: *Francaeur v. Municipalité régionale de comté d’Acton*, [1985] R.D.J. 511; *Comité de citoyens et d’action municipale de St-Césaire v. Ville de St-Césaire*, [1986] R.J.Q. 1061; *Gravel v. Corporation municipale de la paroisse de La Plaine*, [1988] R.D.J. 60. Hébert J. accordingly did not consider the conditions for authorizing a class action set out in art. 1003 C.C.P.

B. Court of Appeal

[53] The main reasons of the Court of Appeal in Mr. Marcotte’s case (2007 QCCA 866, [2007] R.J.Q. 1467) were written by Rochon J.A. They were incorporated by reference into the reasons in Usinage Pouliot’s case (2007 QCCA 867, [2007] J.Q. n° 6259 (QL)). Rochon J.A. invoked the same precedent-based argument as Hébert J.:

[TRANSLATION] Since 1985, this court has consistently held that the class action is not an appropriate procedure for seeking the nullity of orders or by-laws. [para. 14]

[54] Rochon J.A. also considered that, [TRANSLATION] “as a general rule”, a class action would be pointless in these circumstances, since a

de règlement municipal et de répétition de taxes; (3) que les conditions de recevabilité d’un recours collectif prévues par l’art. 1003 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« C.p.c. »), ne sont pas remplies.

[52] Pour étayer son argument d’irrecevabilité en droit, Longueuil plaide que les faits allégués ne permettent pas de conclure qu’il y a contravention au plafond d’augmentation de 5 %. Le juge Hébert rejette cet argument au motif que le débat sur les faits relève du fond du litige : 2006 QCCS 6516, [2006] J.Q. n° 15494 (QL), et 2006 QCCS 6517, [2006] J.Q. n° 15495 (QL). En ce qui a trait au caractère approprié de la procédure collective, le juge se dit lié par les arrêts de la Cour d’appel concluant que le recours collectif n’est pas le véhicule procédural approprié en cas de demande d’annulation d’un règlement municipal et de remboursement de taxes. Les principaux arrêts sur lesquels le juge Hébert se fonde sont : *Francaeur c. Municipalité régionale de comté d’Acton*, [1985] R.D.J. 511; *Comité de citoyens et d’action municipale de St-Césaire c. Ville de St-Césaire*, [1986] R.J.Q. 1061; *Gravel c. Corporation municipale de la paroisse de La Plaine*, [1988] R.D.J. 60. Le juge Hébert n’examine donc pas les conditions d’exercice du recours prévues par l’art. 1003 C.p.c.

B. Cour d’appel

[53] S’exprimant pour la Cour d’appel, le juge Rochon rédige des motifs principaux dans le dossier Marcotte (2007 QCCA 866, [2007] R.J.Q. 1467). Ceux-ci sont incorporés par référence dans les motifs concernant le dossier Usinage Pouliot (2007 QCCA 867, [2007] J.Q. n° 6259 (QL)). Le juge invoque le même argument d’autorité que le juge Hébert :

Depuis 1985, notre cour a constamment décidé que le recours collectif n’est pas une procédure appropriée pour demander la nullité de décrets ou de règlements. [par. 14]

[54] Le juge Rochon estime aussi que, « règle générale », le recours collectif est sans utilité dans les circonstances, puisqu’une déclaration de nullité

declaration of nullity would apply in respect of all ratepayers (para. 19). He accordingly wrote:

[TRANSLATION] An individual action will make it possible to attain the objective being pursued in respect of all those who are subject to the by-law without the procedural burden that a class action entails. [para. 21]

[55] Rochon J.A. stated that the question could also be approached from the perspective of art. 1003(c) C.C.P., which provides that a class action will be authorized if the composition of the group makes it difficult or impracticable to join similar claims (art. 59 C.C.P.) or proceed by mandate (art. 67 C.C.P.). In his view, the appellants had failed to meet this condition, since the composition of the groups did not make the application of art. 59 or 67 “difficult or impracticable”. Rather, the formation of the groups would be pointless (para. 23).

[56] Rochon J.A. acknowledged that the claim for restitution would make it impossible to fully resolve the issues by means of an individual action and could raise a problem related to prescription. An action for restitution is subject to a prescriptive period of three years (art. 2925 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“C.C.Q.”)), and prescription runs from the time the tax is paid, not from the date of a judgment declaring the by-law to be null (*Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Sainte-Foy*, [1983] 1 S.C.R. 403, at pp. 447 *et seq.*; *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3). It is therefore possible that a ratepayer’s action for restitution would be prescribed if brought only after judgment was rendered in an action in nullity, as the latter action could take over three years to resolve. Rochon J.A. concluded, however, that since the effect of filing the motion for authorization to institute a class action was to suspend prescription (art. 2908 C.C.Q.), [TRANSLATION] “there is good reason to believe that an individual action in nullity can be brought in time and that it could enable the ratepayers concerned to recover the tax overpayments” (para. 29). He added that [TRANSLATION] “there is no reason to believe that the City, a public corporation, would refuse to take the necessary steps to reimburse ratepayers for any amounts it may have collected unlawfully” (para. 29). He did not consider it necessary to definitively resolve the issue, for two reasons: first, a judicial

vaudra pour tous les contribuables (par. 19). En conséquence, dit-il :

Le recours individuel permettra d’atteindre le but recherché pour l’ensemble des justiciables assujettis à la réglementation sans la lourdeur de la procédure collective. [par. 21]

[55] Le juge Rochon affirme que la question peut également être abordée sous l’angle de l’al. 1003c) C.p.c., lequel prévoit qu’un recours collectif sera autorisé lorsque la composition du groupe rend difficile ou peu pratique de joindre des recours similaires (art. 59 C.p.c.) ou de procéder par voie de mandat (art. 67 C.p.c.). Pour le juge Rochon, les appelants n’ont pas satisfait à cette condition, car la composition du groupe ne rend pas l’application des art. 59 et 67 « difficile ou peu pratique ». Plutôt, la formulation d’un groupe est inutile (par. 23).

[56] Le juge Rochon reconnaît que l’existence de la demande de répétition de l’indu fait que le recours individuel ne permettrait pas de trancher complètement les questions en litige et pourrait soulever un problème de prescription. En effet, la répétition de l’indu se prescrit par trois ans (art. 2925 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« C.c.Q. »)) et le délai court à compter du moment où la taxe est payée et non à compter du jugement invalidant le règlement (*Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Sainte-Foy*, [1983] 1 R.C.S. 403, p. 447 *et suiv.*; *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3). Par conséquent, le recours d’un contribuable en répétition de l’indu pourrait être prescrit s’il n’était entrepris qu’après le jugement sur l’action en nullité, puisque ce processus pourrait s’étaler sur plus de trois ans. Le juge Rochon conclut cependant que, comme le dépôt de la demande d’autorisation de recours collectif a eu pour effet de suspendre la prescription (art. 2908 C.c.Q.), « il y a lieu de penser que le recours individuel en nullité pourra être exercé en temps et permettre, le cas échéant, aux contribuables concernés de répéter les taxes payées en trop » (par. 29). De plus, selon lui, « rien ne permet de croire que la Ville, corporation publique, refuserait de prendre les mesures requises pour remettre aux contribuables les montants qu’elle aurait perçus illégalement » (par. 29). Par ailleurs, il estime, pour deux motifs, qu’il n’est pas nécessaire de trancher définitivement

declaration of nullity would not make it possible to establish the amount to be refunded to each ratepayer (para. 30); and second, [TRANSLATION] “the claim, if one exists, can be said to be indivisible and therefore triggers the civil interruption provided for in art. 2900 C.C.Q.” (para. 32).

III. Issue

[57] The main issue in the appeals of Mr. Marcotte and Usinage Pouliot can be summed up as follows: May a class action be authorized in Quebec where the applicant for authorization seeks to recover municipal taxes paid pursuant to an *ultra vires* municipal by-law? Two approaches are proposed. According to the first, the court hearing the motion for authorization may exercise a discretion distinct from the conditions set out in art. 1003 C.C.P. to assess the appropriateness of the class action and conclude that, even where the recovery of taxes is sought, the action should not be authorized. According to the second, the discretion must be exercised in reviewing the four conditions under art. 1003 C.C.P., and the fact that the recovery of taxes is sought does not mean that a class action is inappropriate. In short, the existence of a discretion is recognized, but the two approaches differ on when it may be exercised and on the conditions for exercising it. In my opinion, the second approach is more consistent with the spirit of the provisions governing the authorization to institute a class action.

IV. Analysis

[58] This case turns on the interpretation of art. 4.2 C.C.P., the scope of which will determine which approach should prevail. I will therefore begin my analysis by considering the scope of this provision. I will then review the conditions set out in art. 1003 C.C.P.

A. *Article 4.2 C.C.P.*

[59] Article 4.2 C.C.P. reads as follows:

4.2 In any proceeding, the parties must ensure that the proceedings they choose are proportionate, in terms

la question : d’une part, une déclaration judiciaire de nullité ne permettrait pas d’établir le montant de remboursement dû à chaque contribuable (par. 30) et, d’autre part, « la créance, si elle existe, peut être qualifiée d’indivisible et enclenche de ce fait l’interruption civile de l’article 2900 C.C.Q. » (par. 32).

III. Question en litige

[57] La principale question que pose les pourvois Marcotte et Usinage Pouliot peut se résumer ainsi : Un recours collectif peut-il être autorisé au Québec lorsque le requérant demande la répétition de taxes municipales payées par suite de l’application d’un règlement municipal *ultra vires*? Deux approches sont préconisées. Selon la première, le tribunal saisi de la demande d’autorisation de recours collectif peut se fonder sur un pouvoir discrétionnaire distinct des conditions prévues à l’art. 1003 C.p.c. pour évaluer le caractère approprié de la procédure collective et conclure que, même en cas de demande de répétition de taxes, le recours ne doit pas être autorisé. Selon la deuxième, le pouvoir discrétionnaire doit être exercé lors de l’examen des quatre conditions de l’art. 1003 C.p.c. et le fait qu’une demande de répétition de taxes soit présentée ne permet pas de conclure que la voie collective n’est pas appropriée. En somme, l’existence d’un pouvoir discrétionnaire est reconnue, mais le moment et les modalités d’exercice de ce pouvoir diffèrent selon que la première ou la deuxième approche est adoptée. À mon avis, la deuxième approche respecte mieux l’esprit des dispositions régissant l’autorisation d’exercer un recours collectif.

IV. Analyse

[58] L’article 4.2 C.p.c. est au cœur du débat et sa portée détermine l’approche qui doit être retenue. J’aborderai donc l’analyse du dossier en examinant la portée de cet article. J’examinerai ensuite les conditions d’application de l’art. 1003 C.p.c.

A. *L’article 4.2 C.p.c.*

[59] L’article 4.2 C.p.c. est rédigé ainsi :

4.2 Dans toute instance, les parties doivent s’assurer que les actes de procédure choisis sont, eu égard aux

of the costs and time required, to the nature and ultimate purpose of the action or application and to the complexity of the dispute; the same applies to proceedings authorized or ordered by the judge.

[60] Before January 1, 2003, when art. 4.2 C.C.P. came into force, the courts had held that a court hearing a motion for authorization to institute a class action enjoyed a degree of latitude, which was often characterized as a discretion. Although in my view the term “latitude” corresponds to the exercise a judge must engage in when deciding such a motion, there is no need, for the purposes of these appeals, to distinguish it from the term “discretion”. What it is important to note is that the power was exercised not independently, but in the context of the four conditions of art. 1003 C.C.P. On this point, the state of the law at that time was summed up clearly in *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347, at para. 12:

The discretion resides in the determination of whether the case meets the threshold of art. 1003, namely whether the case possesses “*une apparence sérieuse de droit*” and not whether having established the necessary criteria, the applicant may nonetheless be denied authorization on the basis of diverse arguments of appropriateness or convenience. [Emphasis added.]

[61] It must therefore be asked whether the effect of the coming into force of art. 4.2 C.C.P. was to give a court considering a motion for authorization a power in addition to those it already had. In other words, does this provision have an independent scope that makes it a fifth condition pursuant to which the court has a discretion separate from the one flowing from art. 1003 C.C.P.?

[62] In its report entitled *La révision de la procédure civile: une nouvelle culture judiciaire* (2001), the Comité de révision de la procédure civile set out the objectives of the reform of civil procedure:

[TRANSLATION] [I]t is important to incorporate rules into the code that reflect a constant concern to control

coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige; le juge doit faire de même à l’égard des actes de procédure qu’il autorise ou ordonne.

[60] Avant le 1^{er} janvier 2003, date d’entrée en vigueur de l’art. 4.2 C.p.c., les tribunaux reconnaissaient que le tribunal saisi d’une demande d’autorisation de recours collectif jouissait d’une marge d’appréciation qui était aussi souvent qualifiée de pouvoir discrétionnaire. Quoique, selon moi, l’expression « marge d’appréciation » correspond à l’exercice auquel doit se livrer le juge lors de la demande d’autorisation, il n’y a pas lieu, pour les besoins des présents pourvois, de la distinguer de l’expression « pouvoir discrétionnaire ». Ce qu’il est important de signaler, c’est que le pouvoir était exercé, non pas de façon distincte, mais bien dans le contexte des quatre conditions de l’art. 1003 C.p.c. Sur ce point, l’arrêt *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, par. 12, résume clairement l’état du droit à cette époque :

Le pouvoir discrétionnaire réside dans le fait de déterminer si la réclamation respecte le critère préliminaire prévu à l’art. 1003, c’est-à-dire si elle présente « une apparence sérieuse de droit », et non de déterminer si, bien que l’appelant ait satisfait aux conditions requises, il est néanmoins possible de lui refuser l’autorisation demandée pour diverses raisons fondées sur le caractère approprié ou pratique du recours. [Je souligne.]

[61] Il faut donc déterminer si l’entrée en vigueur de l’art. 4.2 C.p.c. a eu pour effet de conférer au tribunal chargé de statuer sur la demande d’autorisation un pouvoir additionnel à celui qu’il possédait déjà. En d’autres mots, cette disposition a-t-elle une portée autonome qui en fait une cinquième condition accordant au tribunal un pouvoir discrétionnaire indépendant de celui découlant de l’art. 1003 C.p.c.?

[62] Dans son rapport *La révision de la procédure civile : une nouvelle culture judiciaire* (2001), le Comité de révision de la procédure civile faisait état de l’objectif de la réforme :

[I]l importe d’intégrer au code des règles témoignant d’un souci constant de contrôler les coûts de la

the costs of proceedings and promote proportionality, that is, a better balance between the nature and ultimate purpose of a lawsuit and the available means of pursuing it.

... If civil justice is to remain an accessible public service, it will be necessary to ensure that the costs and delays thereof are reasonable. To this end, it is important that the provisions of the code and the actions of the parties and the courts be informed by a common concern for proportionality between, on the one hand, the proceedings undertaken, the time taken and the costs incurred and, on the other hand, the nature, complexity and ultimate purpose of the action or application. This principle can be applied to better define the scope of a judge's authority when intervening in the management of a case and to guide the actions of parties and their counsel. [Emphasis added; pp. 33 and 38-39.]

[63] In the view of the committee's members, proportionality was to be a *guiding principle* of civil procedure. They made the following formal recommendation:

[TRANSLATION] That it be stated that proceedings provided for in the code that are chosen by the parties and authorized or ordered by a court must be proportionate to the nature, complexity and ultimate purpose of the action or application. [Emphasis added; p. 39.]

[64] Furthermore, the comments made by the Minister of Justice in introducing the reform bill confirmed the objective advanced by the committee:

[TRANSLATION] What this bill does and what it is intended to do is, among other things, to ensure that our civil justice system is faster, more efficient and less expensive, thereby improving access to justice and increasing the confidence of citizens in the justice system.

(National Assembly, *Journal des débats*, vol. 37, No. 110, 2nd Sess., 36th Leg., June 6, 2002, at p. 6666 (Mr. Paul Bégin))

[65] As can be seen, both the Minister's comments and the words of art. 4.2 C.C.P. are consistent with the objectives advanced by the committee. The principle of proportionality must be applied in the context of the procedures provided for in the

procédure et d'inciter à la recherche de la proportionnalité, c'est-à-dire à une meilleure adéquation entre la nature et la finalité d'une action en justice et les moyens disponibles pour l'exercer.

... Pour que la justice civile demeure un service public accessible, il y a lieu de veiller à ce que les coûts et les délais en soient raisonnables. Dans la poursuite de cet objectif, il importe que les dispositions du code et l'action des parties et des tribunaux soient inspirées par une même préoccupation de proportionnalité entre, d'une part, les procédures prises, le temps employé et les coûts engagés et, d'autre part, la nature, la complexité et la finalité des recours. Ce principe permet de mieux établir l'autorité du juge lorsqu'il intervient dans la gestion de l'instance et de guider l'action des parties et de leurs procureurs. [Je souligne; p. 33 et 38-39.]

[63] Selon les membres de ce comité, la proportionnalité constitue un *principe directeur* de la procédure civile. Leur recommandation formelle est d'ailleurs

[d]'affirmer que les procédures prévues au code, choisies par les parties, autorisées ou ordonnées par le tribunal doivent être proportionnées à la nature, la complexité et la finalité des recours. [Je souligne; p. 39.]

[64] Les commentaires du ministre de la Justice lors de la présentation du projet de loi confirment aussi l'objectif avancé par le Comité :

Ce que ce projet de loi fait et vise à faire, c'est entre autres de faire en sorte qu'on ait une justice civile qui est plus rapide, plus efficace, moins coûteuse, susceptible d'améliorer l'accès à la justice et d'accroître la confiance du citoyen dans le système de justice.

(Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 37, n° 110, 2^e sess., 36^e lég., 6 juin 2002, p. 6666 (M. Paul Bégin))

[65] Comme on peut le constater, tant les commentaires du ministre que le texte de l'art. 4.2 C.p.c. vont dans le sens de l'objectif avancé par le Comité. Le principe de la proportionnalité doit être appliqué dans le contexte des procédures prévues

Code of Civil Procedure. It is the backdrop against which a judge decides a given case. It cannot be applied independently.

[66] In its report, the committee also considered, but separately, the criteria for authorizing a class action. In light of the committee's remarks on the subject, it seems highly unlikely that art. 4.2 C.C.P. was intended to supplement those criteria:

[TRANSLATION] The criteria on the basis of which a court may authorize an action are set out in article 1003 of the *Code*. The questions to be considered are whether the action raises identical, similar or related questions of law or fact; whether the facts alleged seem to justify the conclusions sought; whether the composition of the group makes the application of certain other rules set out in article 59 or 67 of the *Code* difficult or impracticable; and whether the member claiming representative status is in a position to represent the group members adequately. The case law concerning these criteria is now well established. In the Committee's opinion, the criteria are still appropriate and should be maintained. [Emphasis added; p. 203.]

[67] What is clear from these different sources is that the purpose of art. 4.2 C.C.P. is to reinforce the authority of the judge as case manager. The judge is asked to abandon the role of passive arbiter. At first glance, this case management function does not mean that it would be open to a judge to prevent a party from exercising a right. However, the judge must uphold the principle of proportionality when considering the conditions for exercising a right.

[68] It should be noted that if the principle of proportionality is now set out explicitly in Quebec's *Code of Civil Procedure*, the principle itself is not new. Before the reform, even though the principle was not formally spelled out, judges applied it in determining whether a given action or application was reasonable: *Boutique Linen Chest (Phase II) Inc. v. Wise* (1997), 80 C.P.R. (3d) 540 (Que. C.A.).

[69] The acceptance of this principle and the increased significance attached to it originated in Lord Woolf's report on reform of the civil justice

au *Code de procédure civile*. Il sert de toile de fond à la décision que prend le juge dans un cas donné. Il n'est pas susceptible d'application autonome.

[66] Dans le même rapport, le Comité se penche également, mais de façon distincte, sur les critères d'autorisation du recours collectif. À la lumière de ses remarques sur le sujet, il apparaît particulièrement improbable qu'on ait envisagé que l'art. 4.2 C.p.c. aurait pour effet d'ajouter à ces critères d'autorisation :

Les critères qui permettent au tribunal d'autoriser l'exercice du recours sont établis à l'article 1003 du *Code*. Il s'agit d'examiner si le recours soulève des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes, si les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées, si la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application de certaines autres règles du *Code* prévues aux articles 59 ou 67 et si le membre revendiquant le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres du groupe. Ces critères ont donné lieu à une jurisprudence aujourd'hui bien établie. Le Comité est d'avis qu'ils sont encore opportuns et doivent être maintenus. [Je souligne; p. 203.]

[67] Il ressort de ces diverses sources que l'art. 4.2 C.p.c. a pour objectif de renforcer l'autorité du juge comme gestionnaire de l'instance. Ce dernier est invité à délaissier le rôle d'arbitre passif. *A priori*, cette fonction de gestion d'instance n'implique pas que le juge pourrait empêcher une partie d'exercer un droit. Cependant, dans l'évaluation des conditions d'exercice d'un droit, le juge doit s'assurer du respect du principe de la proportionnalité.

[68] Il est pertinent de rappeler que, si le principe de la proportionnalité est maintenant formulé de manière explicite dans le *Code de procédure civile* québécois, le principe lui-même n'est pas nouveau. Déjà, avant la réforme, sans que cela ne soit précisé de façon formelle, les juges se fondaient sur ce principe pour apprécier le caractère raisonnable d'une demande donnée : *Boutique Linen Chest (Phase II) Inc. c. Wise*, [1997] J.Q. n° 3189 (QL) (C.A.).

[69] La valorisation de ce principe et l'importance accrue qu'on lui accorde tirent leur origine du rapport de lord Woolf sur la réforme de la

system of England and Wales: *Access to Justice — Final Report* (1996). One of the recommendations in that report was that greater proportionality be ensured between the nature of the case and the procedure used.

[70] According to Lord Woolf, one thing that can be done to achieve justice is to deal with each case in a way that is proportionate to its importance, to the amount of money involved, to the complexity of the issues and to the parties' financial positions (*Final Report*, at p. 275). The English courts have stated that the main objective of the new rules of procedure is to control costs, which must, where possible, be proportionate to the amount of money at stake. To this end, the parties must adopt an appropriate strategy. See: *Lownds v. Home Office*, [2002] EWCA Civ 365, [2002] 4 All E.R. 775, per Lord Woolf C.J., at para. 1; *Rogers v. Merthyr Tydfil County Borough Council*, [2006] EWCA Civ 1134, [2007] 1 All E.R. 354, per Brooke L.J., at para. 106; *Callery v. Gray (Nos 1 and 2)*, [2002] UKHL 28, [2002] 3 All E.R. 417, per Lord Scott, at para. 121; *Hashroodi v. Hancock*, [2004] EWCA Civ 652, [2004] 3 All E.R. 530, per Dyson L.J., at para. 20; *Leigh v. Michelin Tyre plc*, [2003] EWCA Civ 1766, [2004] 2 All E.R. 175, per Dyson L.J., at para. 1.

[71] Proportionality has been advanced as a guiding principle not only in Quebec, but also in other Canadian province and territories. For example, the British Columbia Supreme Court amended its rules of procedure in 2005 to formally incorporate this principle: Rule 68 — Expedited Litigation Project Rule (*Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90). Subrule 68(13), entitled "Proportionality", reads as follows: "In considering any application under this rule, the court must consider what is reasonable in relation to the amount at issue in the action". See also C. P. Dennis, "Proportionality: A More Effective Tool", paper prepared for the Continuing Legal Education Society of British Columbia conference entitled "Rule 68" held September 29, 2005 (online: http://www.bcjusticereview.org/working_groups/civil_justice/cle_paper_09_29_05.pdf). In British Columbia, the principle of proportionality plays a significant role in case management:

justice civile en Angleterre et au Pays de Galles : *Access to Justice — Final Report* (1996). L'une des recommandations de ce rapport est d'assurer une meilleure proportionnalité entre la nature de la cause et la procédure utilisée.

[70] Selon lord Woolf, l'un des moyens à prendre pour rendre justice est de traiter chaque instance d'une manière qui soit proportionnée à son importance, à la somme en jeu, à la complexité des questions en litige et à la situation financière des parties (*Final Report*, p. 275). Selon la jurisprudence anglaise, l'objectif des nouvelles règles de procédure consiste principalement à limiter les coûts, lesquels doivent, lorsque possible, être proportionnels à la somme en jeu. À cette fin, les parties doivent recourir à la stratégie appropriée. Voir : *Lownds c. Home Office*, [2002] EWCA Civ 365, [2002] 4 All E.R. 775, le juge en chef lord Woolf, par. 1; *Rogers c. Merthyr Tydfil County Borough Council*, [2006] EWCA Civ 1134, [2007] 1 All E.R. 354, lord Brooke, par. 106; *Callery c. Gray (Nos 1 and 2)*, [2002] UKHL 28, [2002] 3 All E.R. 417, lord Scott, par. 121; *Hashroodi c. Hancock*, [2004] EWCA Civ 652, [2004] 3 All E.R. 530, lord Dyson, par. 20; *Leigh c. Michelin Tyre plc*, [2003] EWCA Civ 1766, [2004] 2 All E.R. 175, lord Dyson, par. 1.

[71] La proportionnalité est invoquée comme principe directeur non seulement au Québec mais aussi dans d'autres provinces et territoires du Canada. Par exemple, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a modifié ses règles de procédures en 2005 pour y incorporer formellement ce principe : Rule 68 — Expedited Litigation Project Rule (*Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90). En particulier, le par. 68(13), intitulé « *Proportionality* » prévoit ce qui suit : [TRADUCTION] « Le tribunal saisi d'une demande fondée sur la présente règle doit se demander ce qui est raisonnable compte tenu de la somme en jeu dans l'action. » Voir aussi C. P. Dennis, « *Proportionality : A More Effective Tool* », document préparé pour la conférence intitulée « Rule 68 » organisée par la Continuing Legal Education Society of British Columbia le 29 septembre 2005 (en ligne : http://www.bcjusticereview.org/working_groups/civil_justice/cle_paper_09_29_05.pdf). En

Total Vision Enterprises Inc. v. 689720 B.C. Ltd., 2006 BCSC 639, [2006] B.C.J. No. 925 (QL).

[72] The case law and academic opinion on the possible effect of art. 4.2 C.C.P. on Quebec's procedure for authorizing class actions is not yet fully developed, but some trends are emerging. According to one view, the class action itself gives effect to the principle of proportionality because of the savings in judicial resources it makes possible. According to another, the principle of proportionality constitutes a fifth condition for authorization that incorporates a rule from the legislation of several other provinces that a class action may be authorized only if it is the most appropriate proceeding. Finally, another possible view is that the principle of proportionality must be applied by the judge in exercising his or her discretion when reviewing each of the four conditions of art. 1003 C.C.P. (É. M. David, "La règle de proportionnalité de l'article 4.2 C.p.c. en matière de recours collectif — Premières interprétations jurisprudentielles", in *Développements récents en recours collectifs* (2007), 315, at pp. 328-35).

[73] In my opinion, the first approach is overly simplistic. As Professor Jutras points out, the class action is not necessarily synonymous with proportionality:

[TRANSLATION] It is true that the class action averts the duplication of proceedings and is conducive to the effective resolution of common issues. It also makes economies of scale possible and helps deter wrongful conduct. On the other hand, a class action can also lead to procedural and administrative complications — no one benefits from overburdening the courts with class actions that serve no positive social or legal purpose. . . . In every case, the anticipated benefits must be reviewed to ensure that a representative proceeding would in fact serve the social purposes attributed to it.

(D. Jutras, "À propos de l'opportunité du recours collectif", in *Colloque sur les recours collectifs* (2007), 7, at p. 12)

Colombie-Britannique, le principe de la proportionnalité joue un rôle important dans la gestion de l'instance : *Total Vision Enterprises Inc. c. 689720 B.C. Ltd.*, 2006 BCSC 639, [2006] B.C.J. No. 925 (QL).

[72] La jurisprudence et les commentaires sur l'incidence possible de l'art. 4.2 C.p.c. sur la procédure québécoise d'autorisation des recours collectifs évoluent, mais quelques tendances se dessinent. Certains considèrent que le recours collectif, en soi, met en œuvre le principe de la proportionnalité à cause de l'économie des ressources judiciaires qu'il permet de réaliser. D'autres estiment que le principe de la proportionnalité établit une cinquième condition d'autorisation, intégrant ainsi la règle qu'on retrouve dans les lois de plusieurs autres provinces et qui prévoit que l'autorisation d'exercer un recours collectif n'est accordée que s'il s'agit de la procédure la plus appropriée. On peut enfin considérer que le principe de la proportionnalité doit être appliqué dans le contexte du pouvoir d'appréciation du juge lors de l'examen de chacune des quatre conditions de l'art. 1003 C.p.c. (É. M. David, « La règle de proportionnalité de l'article 4.2 C.p.c. en matière de recours collectif — Premières interprétations jurisprudentielles », dans *Développements récents en recours collectifs* (2007), 315, p. 328-335).

[73] La première approche me paraît manquer de nuances. Comme le souligne le professeur Jutras, le recours collectif n'est pas nécessairement synonyme de proportionnalité :

Bien entendu, le recours collectif évite la duplication des procédures et favorise la résolution efficace de questions communes. Il permet aussi des économies d'échelle et des gains en termes de dissuasion de comportements fautifs. Inversement, le recours collectif peut aussi être source de complications procédurales et administratives — personne ne profite de l'engorgement des tribunaux par des recours collectifs qui ne servent pas de finalité sociale ou juridique positive. [. . .] Il faut, dans chaque cas, faire un examen des bénéfices escomptés, et s'assurer que la forme collective sert bien les finalités sociales qu'on lui attribue.

(D. Jutras, « À propos de l'opportunité du recours collectif », dans *Colloque sur les recours collectifs* (2007), 7, p. 12)

[74] The second approach, according to which art. 4.2 C.C.P. constitutes an independent condition, seems to be incompatible with the objective advanced at the time the provision was adopted. All the sources of information predating its enactment indicate that this provision incorporates a *principe* — it does not create an independent standard. It is, in a word, a rule of assessment that does not alter the conditions set out in the *Code of Civil Procedure*. If it were to be held that this provision establishes a power distinct from the conditions for authorizing a class action, the same reasoning would have to apply to all proceedings provided for in the *Code of Civil Procedure*, which does not seem to me to be the case. For example, if a party argued erroneously that a suit was unfounded in law even if the facts alleged were true (art. 165(4) C.C.P.), it would not be open to the judge to nevertheless apply art. 4.2 to dismiss the action. However, a judge can, upon application, stay proceedings in relation to certain parties where that would make a more efficient use of judicial resources possible (*Roy v. Boivin Carrier*, 2006 QCCS 2663, [2006] J.Q. n° 4679 (QL)), although art. 4.2 cannot serve on its own as a basis for rejecting an action. Finally, a judge could not, in my opinion, rely on art. 4.2 to refuse to hold an examination before the defence is filed where the defendant who wishes to summon the plaintiff has satisfied the conditions for doing so set out in art. 397 C.C.P. The judge could, however, impose limits on the examination in respect, for example, of its timing, of its duration and of whether it will be held in or out of court: *Quesnel v. KPMG, s.r.l.*, 2007 QCCS 3990, [2007] J.Q. n° 9465 (QL); *Canada (Procureur général) v. Malcolm Média inc. (Expour 2000)*, 2007 QCCS 2427, [2007] J.Q. n° 5098 (QL).

[75] In my view, it is the third approach that the courts should follow. In *Harmegnies v. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380, [2008] J.Q. n° 1446 (QL), in which the appropriateness of a class action was in issue, Baudouin J.A., writing for the Quebec Court of Appeal, clearly stated that the court's discretion did not constitute a fifth condition:

[74] La deuxième approche, qui considère l'art. 4.2 C.p.c. comme une condition autonome, ne paraît pas compatible avec l'objectif invoqué lors de l'adoption de la disposition. Selon toutes les sources précédant son adoption, cette disposition incorpore un *principe* — elle n'édicte pas une norme autonome. Il s'agit en quelque sorte d'une règle d'appréciation, qui ne modifie pas les conditions fixées par le *Code de procédure civile*. D'ailleurs, si l'on devait conclure que cette disposition confère un pouvoir distinct des conditions d'exercice du recours collectif, un raisonnement similaire devrait s'appliquer pour toutes les procédures prévues au *Code de procédure civile*, ce qui ne me paraît pas être le cas. Par exemple, si une partie plaide à tort qu'une demande n'est pas fondée en droit, à supposer même que les faits allégués soient vrais (par. 165(4) C.p.c.), le juge ne pourrait néanmoins s'appuyer sur l'art. 4.2 pour rejeter quand même la demande. Un juge peut cependant, sur demande, suspendre l'instance à l'égard de certaines parties lorsque cela permet une utilisation plus efficace des ressources judiciaires (*Roy c. Boivin Carrier*, 2006 QCCS 2663, [2006] J.Q. n° 4679 (QL)), mais il ne pourrait rejeter une action en n'invoquant que l'art. 4.2. Enfin, un juge ne pourrait pas, à mon avis, invoquer l'art. 4.2 pour refuser la tenue d'un interrogatoire avant défense alors que le défendeur qui désire assigner le demandeur satisfait aux conditions pour ce faire prévues par l'art. 397 C.p.c. Le juge pourrait cependant imposer des limites à cet égard, notamment quant au moment de cet interrogatoire, à sa longueur et au fait qu'il se tiendra devant la cour ou non : *Quesnel c. KPMG, s.r.l.*, 2007 QCCS 3990, [2007] J.Q. n° 9465 (QL); *Canada (Procureur général) c. Malcolm Média inc. (Expour 2000)*, 2007 QCCS 2427, [2007] J.Q. n° 5098 (QL).

[75] À mon avis, c'est la troisième approche que les tribunaux doivent suivre. Dans *Harmegnies c. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380, [2008] J.Q. n° 1446 (QL), traitant du caractère approprié de la procédure collective, la Cour d'appel du Québec, sous la plume du juge Baudouin, énonce clairement que le pouvoir discrétionnaire du tribunal ne constitue pas une cinquième condition :

[TRANSLATION] Thus, Quebec judges exercise a discretion in their review of each of the four conditions of article 1003 C.C.P., but this discretion is not imposed as a fifth condition. In other words, judicial discretion is exercised in the context, and only in the context, of the four requirements established by the legislature. [para. 22]

[76] One author who has written on this subject agrees that art. 4.2 C.C.P. does not add a new condition to art. 1003 C.C.P.:

[TRANSLATION] When all is said and done, article 4.2 C.C.P. cannot establish another criterion or test no more than can article 4.1 or article 2. These are “guiding principles”, laid down in the general introductory provisions of the Code, which essentially apply to the management of class actions as to that of any proceeding.

... the application of the rule of proportionality finds its full expression in, among other things, a correct interpretation of the four conditions for authorization identified by the legislature, through judicial support for this essential procedure for access to justice and through a case management process that renders this procedural vehicle practicable at each of these stages.

(David, at p. 337)

See also: L. Chamberland, “La règle de proportionnalité: à la recherche de l’équilibre entre les parties?”, in *La réforme du Code de procédure civile, trois ans plus tard* (2006), 1, at p. 27; S. Finn, “In a Class All its Own: The Advent of the Modern Class Action and its Changing Legal and Social Mission” (2005), 2 *Can. Class Action Rev.* 333.

[77] I do not accept the argument that art. 4.2 imports into Quebec law the requirement set out in the legislation of other Canadian provinces. A brief review of that legislation reveals that where a judge has the authority to refuse to certify an action on the basis that it is not the most appropriate procedure, the legislation says so. Eight of the nine common law provinces, as well as Parliament, have enacted provisions requiring that a class action be the most appropriate or “preferable” procedure for resolving common issues. For example, s. 5(1) of

Le pouvoir discrétionnaire du juge québécois s’exerce donc dans l’appréciation qu’il fait de chacune des quatre conditions de l’article 1003 C.p.c., mais ne s’impose pas comme une cinquième condition. En d’autres termes, la discrétion judiciaire s’exerce à l’intérieur et dans le seul cadre des quatre exigences posées par le législateur. [par. 22]

[76] Un auteur qui s’est prononcé sur le sujet estime lui aussi que l’art. 4.2 C.p.c. n’ajoute pas un nouveau critère à l’art. 1003 C.p.c. :

En définitive, l’article 4.2 C.p.c. ne peut déceler un autre critère ou test, pas plus que l’article 4.1 ou l’article 2. Il s’agit de « principes directeurs », énoncés dans les dispositions générales introductives du Code, qui s’appliquent essentiellement à la gestion des recours collectifs comme à toute instance.

... l’application de la règle de proportionnalité trouve sa pleine expression notamment dans une juste interprétation des quatre critères d’autorisation identifiés par le législateur, par une faveur judiciaire à ce moyen essentiel d’accès à la justice et par une gestion d’instance qui rend praticable ce moyen de procédure à chacune de ces étapes.

(David, p. 337)

Voir aussi : L. Chamberland, « La règle de proportionnalité : à la recherche de l’équilibre entre les parties? », dans *La réforme du Code de procédure civile, trois ans plus tard* (2006), 1, p. 27; S. Finn, « In a Class All its Own : The Advent of the Modern Class Action and its Changing Legal and Social Mission » (2005), 2 *Rev. can. recours collectifs* 333.

[77] Je n’accepte pas l’argument selon lequel l’art. 4.2 a pour effet d’importer dans le droit québécois l’exigence que l’on trouve dans les lois d’autres provinces canadiennes. Un bref survol de ces lois révèle que, dans les provinces où le juge dispose du pouvoir de refuser de certifier un recours au motif qu’il n’est pas la voie la plus appropriée, la loi le précise. Huit des neuf provinces de common law ainsi que le législateur fédéral ont adopté des dispositions requérant que le recours collectif soit la procédure la plus appropriée (« *preferable* ») ou le

Ontario's *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, reads as follows:

5.—(1) The court shall certify a class proceeding on a motion under section 2, 3 or 4 if,

- (a) the pleadings or the notice of application discloses a cause of action;
- (b) there is an identifiable class of two or more persons that would be represented by the representative plaintiff or defendant;
- (c) the claims or defences of the class members raise common issues;
- (d) a class proceeding would be the preferable procedure for the resolution of the common issues; and
- (e) there is a representative plaintiff or defendant who,
 - (i) would fairly and adequately represent the interests of the class,
 - (ii) has produced a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the class and of notifying class members of the proceeding, and
 - (iii) does not have, on the common issues for the class, an interest in conflict with the interests of other class members.

[78] It is easy to see that the first condition corresponds to art. 1003(b) C.C.P. (“the facts alleged seem to justify the conclusions sought”). The second and fifth conditions, which correspond to the one set out in art. 1003(d) C.C.P., concern the representativeness of the representative. The third concerns the requirement that the action raise common issues and is equivalent to art. 1003(a) C.C.P. It should be noted, however, that the wording of the fourth condition — that the class action be “the preferable procedure for the resolution of the common issues” — is different from that of art. 1003(c), which requires the court to consider whether the composition of the group makes recourse to a mandate or to the joinder of plaintiffs impracticable. The scope of

« meilleur moyen » de régler les questions communes. Par exemple, en Ontario, le par. 5(1) de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6, prévoit ce qui suit :

5 (1) Le tribunal saisi d'une motion visée à l'article 2, 3 ou 4 certifie qu'il s'agit d'un recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :

- a) les actes de procédure ou l'avis de requête révèlent une cause d'action;
- b) il existe un groupe identifiable de deux personnes ou plus qui se ferait représenter par le représentant des demandeurs ou des défendeurs;
- c) les demandes ou les défenses des membres du groupe soulèvent des questions communes;
- d) le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions communes;
- e) il y a un représentant des demandeurs ou des défendeurs qui :
 - (i) représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe,
 - (ii) a préparé un plan pour l'instance qui propose une méthode efficace de faire avancer l'instance au nom du groupe et d'aviser les membres du groupe de l'instance,
 - (iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe, en ce qui concerne les questions communes du groupe.

[78] On constate facilement que la première condition correspond à l'al. 1003(b) C.p.c. (« les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées »). Les deuxième et cinquième conditions sont assimilables à celle prévue à l'al. 1003(d) C.p.c. et portent sur le caractère représentatif du représentant. La troisième concerne le fait que le recours doit soulever des questions communes et équivaut à l'al. 1003(a) C.p.c. Il convient cependant de signaler que la formulation de la quatrième condition, qui requiert que la procédure collective soit « le meilleur moyen de régler les questions communes », diffère de l'al. 1003(c), lequel exige de se demander si la composition du groupe rend peu pratique le recours au mandat

the Ontario requirement is very different from that of the Quebec provision, which requires a judge to determine whether recourse to either of two specific procedures — mandate or joinder — would be practicable. The Quebec judge does not have to consider the possibility of recourse to other procedures. Article 1003(c) does not give a judge the authority to decide that a class action should not be authorized because it would not be the *preferable procedure* for resolving the common issues, or that to proceed by class action would be inappropriate.

[79] Moreover, three cases that originated in the common law provinces show that, even in those provinces, the approach is not uniform. In those three cases, this Court dealt with the question in slightly different ways, owing to differences in the specific provisions of the provinces concerned. The legislative choices of the provinces must be respected. In *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, the action had been filed before the province enacted comprehensive legislation on class actions. The Court held that courts could determine the conditions for authorizing class actions by exercising their inherent power to establish the rules of practice applicable to disputes brought before them. In that case, this Court decided that the court had to take into account the benefits the class action offered in the circumstances of the case as well as any unfairness it might cause. In *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, the Ontario legislation included the “preferable procedure” requirement but did not provide for all the subsidiary matters a court was required to consider under the British Columbia statute in issue in *Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184. In each of those cases, the Court approached the “preferable procedure” issue by referring to the specific wording of the applicable law.

[80] In Quebec, art. 1003(c) requires the judge to determine whether the composition of the group makes the use of a mandate (art. 59 C.C.P.) or joinder

ou à la réunion de demandeurs. Cette exigence a une portée très différente de la disposition québécoise, qui oblige le juge à se demander si l’une ou l’autre de deux procédures précises — le mandat et la jonction de recours — pourrait, de façon pratique, être utilisée. Le juge n’a pas à s’interroger sur les autres recours qui pourraient être utilisés. L’alinéa 1003c) ne confère pas au juge le pouvoir de décider soit qu’il ne convient pas d’utiliser la procédure collective parce qu’il ne s’agirait pas du *meilleur moyen* de régler les questions communes, soit que cette voie de recours n’est pas opportune.

[79] Par ailleurs, trois arrêts émanant des provinces de common law illustrent que, même dans ces provinces, l’approche n’est pas uniforme. En effet, chacun des trois arrêts aborde la question un peu différemment en raison de textes particuliers des provinces concernées. Les choix législatifs des provinces doivent être respectés. Dans *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, le recours avait été intenté avant que la province n’adopte une loi complète concernant le recours collectif. La Cour a jugé que les tribunaux peuvent se fonder sur leur pouvoir inhérent d’établir des règles de pratique applicables aux litiges dont ils sont saisis pour fixer les conditions d’autorisation d’exercice du recours collectif. Dans cette affaire, la Cour a décidé que le tribunal devait prendre en considération les avantages que le recours collectif offrait dans les circonstances de l’instance ainsi que les injustices qu’il pourrait provoquer. Dans *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, la loi ontarienne comportait l’exigence relative au « meilleur moyen », mais ne contenait pas toutes les sous-questions que le tribunal doit examiner en vertu de la loi de la Colombie-Britannique étudiée dans *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184. Dans chacune des affaires, la Cour a abordé la question du « meilleur moyen » en se référant au libellé particulier du droit applicable.

[80] Au Québec, le juge doit, conformément à l’al. 1003c), se demander si la composition du groupe rend difficile ou peu efficace l’utilisation de

(art. 67 C.C.P.) difficult or impracticable. Where a plaintiff acts on behalf of a mandator, a power of attorney must be filed with the first pleading. This requirement implies that each mandator must act individually. In the case of joinder, each plaintiff must participate in the pleadings. Where the groups are very large, the application of these provisions is often considered to be impracticable. As can be seen, the exercise a judge engages in when applying art. 1003(c) is different from that of a judge who must determine whether a class proceeding would be the preferable procedure for resolving common issues. The Quebec Court of Appeal did not take long to draw a distinction between the conditions of art. 1003 C.C.P. and the preferable procedure requirement: *Gelmini v. Procureur général du Québec*, [1982] C.A. 560, at p. 564.

[81] In my opinion, the effect of requiring applicants to prove that the class action is the “preferable procedure” for resolving common issues would be to limit access to the class action. The words of art. 1003 impose no such condition. Furthermore, in *Bouchard v. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349, a decision rendered after the enactment of art. 4.2, the Court of Appeal explained that the discretion must be exercised in the context of the special conditions applicable to the class action, not independently as a fifth condition. Pelletier J.A. made the following comment:

[TRANSLATION] Here, the legislature has established guidelines, and it is at the stage of reviewing each of the conditions rather than at the final moment of deciding whether or not to grant authorization that it chose to give the judge the flexibility needed for the screening process to be effective. In my view, the structure of article 1003 C.C.P. reflects this intention. . . . [para. 41]

[82] In *Lallier v. Volkswagen Canada Inc.*, 2007 QCCA 920, [2007] R.J.Q. 1490, Pelletier J.A. also distinguished the approach of the common law provinces from the one dictated by the Quebec legislation:

la procédure de mandat (art. 59 C.p.c.) ou la jonction des recours (art. 67 C.p.c.). Lorsqu’un demandeur agit pour le compte d’un mandant, une procuration doit être produite avec le premier acte de procédure. Cette exigence implique que chaque mandant doit intervenir personnellement. Dans le cas de la jonction de recours, la participation de chaque demandeur est requise pour chacun des actes de procédure. Lorsque les groupes sont très gros, ces dispositions sont souvent considérées comme peu pratiques. Comme on le voit, la démarche du juge lorsqu’il applique l’al. 1003c) diffère de celle du juge qui doit déterminer si la procédure collective constitue le meilleur moyen de régler les questions communes. Très tôt d’ailleurs, la Cour d’appel du Québec avait fait la nuance entre les conditions prévues à l’art. 1003 C.p.c. et l’exigence relative au recours le plus approprié : *Gelmini c. Procureur général du Québec*, [1982] C.A. 560, p. 564.

[81] À mon avis, imposer au requérant le fardeau de prouver que le recours collectif constitue le « meilleur moyen » de régler les questions communes aurait pour effet de limiter l’accès à cette procédure. Le texte de l’art. 1003 n’impose pas une telle condition. De plus, dans une décision postérieure à l’adoption de l’art. 4.2, *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349, la Cour d’appel a expliqué que l’exercice du pouvoir discrétionnaire doit se faire dans le cadre des conditions particulières du recours collectif et non de façon distincte, comme une cinquième condition. Le juge Pelletier s’est exprimé ainsi :

Ici, le législateur a posé des balises et c’est à l’étape de l’examen de chacune des conditions plutôt qu’au moment final de décider s’il y a ou non lieu d’octroyer la permission qu’il a choisi d’accorder au juge la marge de manœuvre nécessaire à l’efficacité de l’opération de filtrage. La facture de l’article 1003 C.P.C. me paraît traduire cette intention. . . [par. 41]

[82] Dans *Lallier c. Volkswagen Canada Inc.*, 2007 QCCA 920, [2007] R.J.Q. 1490, le juge Pelletier distingue aussi l’approche des provinces de common law de celle imposée par le texte québécois :

[TRANSLATION] This is in a way the same type of discretion that the Supreme Court found judges to have under Alberta law, except that it is not exercised globally after the relevant criteria have been considered, but in the context of the individual review of each of those conditions. [para. 20]

[83] In sum, the judge's role in upholding the principle of proportionality is to ensure that "the proceedings [the parties] choose are proportionate, in terms of the costs and time required, to the nature and ultimate purpose of the action or application and to the complexity of the dispute" (art. 4.2 C.C.P.). The judge's role is to manage the case, not to limit access — except where that is dictated by the conditions set out in the Code — to a procedure whose purpose is to ensure access to justice.

[84] Although I conclude that the effect of the enactment of art. 4.2 C.C.P. was neither to add a condition to the ones set out in art. 1003 C.C.P. nor to require applicants to show that the class action would be the preferable procedure for resolving common issues, this does not mean that the principle of proportionality does not apply to class actions. On the contrary, I believe that an interpretation that emphasizes the management role of the judge in reviewing the four conditions of art. 1003 gives all due weight to that principle.

[85] Thus, in Quebec law, the effect of the principle of proportionality on art. 1003 C.C.P. is to give concrete expression to and to reinforce the discretion judges are already recognized as having when reviewing each of the four conditions for authorizing a class action. It is in this context that the principle is applied (see *Brito v. Pfizer Canada inc.*, 2008 QCCS 2231, [2008] R.J.Q. 1420, at para. 47, per Grenier J.; *Option Consommateurs v. Infineon Technologies AG*, 2008 QCCS 2781, [2008] R.J.Q. 1694, at paras. 210-13, per Mongeau J.). In every case, the court must consider the specific wording of art. 1003 C.C.P., which the Superior Court did not do in the cases at bar because of its interpretation of the Court of Appeal's judgments on the quashing of municipal by-laws. As for the Court

Il s'agit en quelque sorte du même type de pouvoir discrétionnaire que celui que la Cour suprême a reconnu au juge dans le cadre de la loi albertaine, à la différence qu'il s'exerce non pas de façon globale, une fois examinés les critères pertinents, mais plutôt à la faveur de l'examen individuel de chacune de ces exigences. [par. 20]

[83] En somme, le rôle du juge qui veille au respect du principe de la proportionnalité est de s'assurer que « les actes de procédure choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige » (art. 4.2 C.p.c.). Son rôle consiste à gérer l'instance et non à limiter, au-delà des conditions prévues par le code, l'accès à une procédure qui se veut une mesure d'accès à la justice.

[84] Bien que je conclue que l'adoption de l'art. 4.2 C.p.c. n'a eu pour effet ni d'ajouter une condition à celles prévues par l'art. 1003 C.p.c., ni d'obliger le demandeur à démontrer que la procédure collective constituait le meilleur moyen de régler les questions communes, cela ne signifie pas pour autant que le principe de la proportionnalité n'a pas d'application en matière de recours collectif, au contraire. En effet, je crois qu'une interprétation mettant en valeur le rôle de gestionnaire du juge dans l'évaluation des quatre conditions de l'art. 1003 permet de donner tout son poids au principe de la proportionnalité.

[85] Ainsi, en droit québécois, l'effet du principe de la proportionnalité sur l'art. 1003 C.p.c. concrétise et renforce la marge d'appréciation déjà reconnue au juge dans l'examen de chacune des quatre conditions d'autorisation du recours collectif. C'est dans ce contexte que ce principe est appliqué (voir *Brito c. Pfizer Canada inc.*, 2008 QCCS 2231, [2008] R.J.Q. 1420, par. 47, la juge Grenier; *Option Consommateurs c. Infineon Technologies AG*, 2008 QCCS 2781, [2008] R.J.Q. 1694, par. 210-213, le juge Mongeau). Dans chaque cas, le tribunal doit analyser le libellé particulier de l'art. 1003 C.p.c., ce que n'a pas fait en l'espèce la Cour supérieure en raison de son interprétation des arrêts de la Cour d'appel en matière d'annulation de règlements municipaux. Pour sa part, la Cour d'appel

of Appeal, it considered art. 1003(c) C.C.P. briefly, but quickly concluded that a class action would be pointless because the judgment in an action in nullity would apply in respect of all the members. In my view, a more thorough analysis is required.

B. *Review of the Criteria Set Out in Article 1003 C.C.P.*

(1) Article 1003(a) C.C.P.: Are the Questions Similar or Related?

[86] Mr. Marcotte asks the Court to conclude that clause 3 of each of the resolutions adopting the city's budgets for 2003, 2004 and 2005 is null. These clauses relate to s. 87.5 of the *Charter of Ville de Longueuil*, which provides that if the city wishes to apply s. 87.1 of the Charter to raise taxes in a manner consistent with the 5% limit on the increase in the tax burden, it must "prescribe the rules to determine whether the increase under that section [87.1] results solely from the constitution of the city and, if not, to establish the part resulting from the constitution". The second paragraph of s. 87.5 provides that "[t]he Government may, by regulation, determine the only cases in which an increase is deemed not to result from the constitution of the city." The impugned resolutions, rather than prescribing rules for calculation, identify specific amounts, namely the parts of the increases not resulting solely from the constitution of the new city. The appellant Marcotte also argues that subss. 1, 2, 5 and 7 of s. 1 of each of the municipal by-laws setting the property tax rates by sector for 2003, 2004 and 2005 are *ultra vires*.

[87] In sum, Mr. Marcotte submits that the 5% ceiling on increases in the tax burden established in s. 87.1, para. 1 has been exceeded. The tax burden, which is defined in para. 2 of s. 87.1, includes not only property taxes, but other sources of revenue as well, such as taxes for the supply of drinking water, waste water purification, snow removal and waste disposal. To show that the ceiling was exceeded in 2005, Mr. Marcotte submits three figures for

a esquissé une analyse de l'al. 1003c) C.p.c., mais elle a rapidement conclu que la procédure collective était inutile du fait que le jugement sur l'action en nullité vaudrait pour tous les membres. J'estime qu'une analyse plus complète s'impose.

B. *L'examen des critères établis à l'art. 1003 C.p.c.*

(1) L'alinéa 1003a) C.p.c. : Les questions sont-elles similaires ou connexes?

[86] Monsieur Marcotte demande à la Cour de conclure à la nullité de l'art. 3 de chacune des résolutions adoptant le budget de la ville pour les années 2003, 2004 et 2005. Ces dispositions se rapportent à l'art. 87.5 de la *Charte de la Ville de Longueuil*, lequel prescrit que, si la ville veut invoquer l'art. 87.1 de la Charte pour augmenter les taxes tout en respectant la limite de 5 % d'augmentation du fardeau fiscal, elle doit « prévoir les règles qui permettent de déterminer si l'augmentation visée à cet article [87.1] découle uniquement de la constitution de la ville et, dans le cas contraire, d'établir la partie d'augmentation qui découle de cette constitution ». Le second alinéa de l'art. 87.5 prévoit pour sa part que « [l]e gouvernement peut, par règlement, prévoir les seuls cas d'augmentation qui sont réputés ne pas découler de la constitution de la ville. » En fait, les résolutions contestées, au lieu de prévoir des règles de calcul, identifient plutôt des montants spécifiques, soit les parties des augmentations qui ne découlent pas uniquement de la constitution de la nouvelle ville. L'appellant Marcotte plaide aussi que les par. 1, 2, 5 et 7 de l'art. 1 des règlements municipaux qui fixent le taux de la taxe foncière par secteur pour les années 2003, 2004 et 2005 sont *ultra vires*.

[87] En somme, M. Marcotte soutient qu'il y a eu contravention au plafond de 5 % d'augmentation du fardeau fiscal établi à l'art. 87.1, al. 1. Le fardeau fiscal, qui est défini à l'al. 2 de l'art. 87.1, inclut non seulement la taxe foncière, mais aussi d'autres revenus, par exemple, les taxes pour l'alimentation en eau potable, l'assainissement des eaux usées, l'enlèvement de la neige et l'élimination des déchets. Pour démontrer que le

each of the sectors concerned: the increase in the general property tax (which represented 62% of the city's revenues), the increase in the business tax and the tax on non-residential immovables (which represented 10% of the city's revenues), and the increase in Longueuil's total revenues. In the cases of Boucherville, Brossard, Saint-Bruno-de-Montarville and Saint-Lambert, the increases in the general property tax were 5.7%, 10.4%, 13.4% and 10.9%, respectively. The increases in the business tax and the tax on non-residential immovables in the four sectors were 5.5%, 5.2%, 11.9% and 7.9%, respectively. As for the budget, Longueuil's revenues had increased by 5.8% over 2004. On the basis of these figures, Mr. Marcotte asserts that the tax burden increased by more than 5% between 2004 and 2005. He has produced little information with respect to 2003 and 2004. However, he states that the city failed to provide him with the tax burden amounts for the years in issue. What is more, ever since his initial motion, he has indicated that the main questions the court would have to deal with in the class action included whether the resolution for 2005 and the by-law imposing property taxes for the 2005 fiscal year were *ultra vires*. And in his amended motion in November 2005, he asked that the by-laws imposing the property taxes for 2003, 2004 and 2005 be declared to be *ultra vires*.

[88] The appellant Usinage Pouliot contests the validity of by-law CM-2004-309, which imposed a business tax for the 2005 fiscal year. Under s. 87.2, the city may impose a business tax, but the increase in revenues derived from that tax in a given sector may not, in relation to the preceding fiscal year, be greater than 5%. As can be seen from Longueuil's budget for 2005, however, the business tax rate for the Saint-Bruno-de-Montarville sector rose from 7.03% in 2004 to 7.87% in 2005, which represented an increase of 11.09%, despite the fact that Saint-Bruno-de-Montarville's tax base increased over that period.

plafond n'a pas été respecté pour l'année 2005, M. Marcotte avance trois données à l'égard de chacun des secteurs visés : l'augmentation de la taxe foncière générale (qui représente 62 % des revenus de la ville), l'augmentation de la taxe d'affaires et sur les immeubles non résidentiels (qui représente 10 % des revenus de la ville) et l'augmentation des revenus totaux de Longueuil. Dans le cas de Boucherville, Brossard, Saint-Bruno-de-Montarville et Saint-Lambert, l'augmentation de la taxe foncière générale a été de 5,7 %, 10,4 %, 13,4 % et 10,9 % respectivement. L'augmentation de la taxe d'affaires et sur les immeubles non résidentiels dans les quatre secteurs a été de 5,5 %, 5,2 %, 11,9 % et 7,9 % respectivement. Quant au budget, les revenus de Longueuil ont augmenté de 5,8 % par rapport à 2004. Sur la base de ces données, M. Marcotte affirme que le fardeau fiscal a augmenté de plus de 5 % entre 2004 et 2005. Pour les années 2003 et 2004, M. Marcotte ne produit que peu de données. Il relate toutefois que la ville a été incapable de lui fournir les montants du fardeau fiscal pour les années en cause. Par ailleurs, dès sa requête initiale, il a indiqué que parmi les questions principales que le tribunal devrait traiter collectivement figuraient celles du caractère *ultra vires* ou non de la résolution de 2005 et du règlement imposant des taxes foncières pour l'exercice financier 2005. De plus, dans sa requête amendée en novembre 2005, il demande que les règlements imposant les taxes foncières pour les années 2003, 2004 et 2005 soient déclarés *ultra vires*.

[88] Pour sa part, l'appelante Usinage Pouliot conteste la validité du règlement CM-2004-309, lequel impose une taxe d'affaires pour l'exercice financier 2005. En vertu de l'art. 87.2, la ville peut imposer une taxe d'affaires, mais l'augmentation des revenus provenant de cette taxe pour un secteur donné ne peut, par rapport à l'exercice précédent, être supérieure à 5 %. Or, il appert du budget 2005 de Longueuil que, de 2004 à 2005, le taux de la taxe d'affaires pour le secteur Saint-Bruno-de-Montarville est passé de 7,03 % à 7,87 %, soit une augmentation de 11,09 %, et ce, en dépit du fait que l'assiette fiscale de Saint-Bruno-de-Montarville augmente d'année en année.

[89] Article 1003(a) requires the judge to determine whether the questions to be resolved in the recourses of the group's members are similar. In the cases at bar, what is in issue for all the members relates to Longueuil's compliance with the ceiling on increases in the tax burden (Mr. Marcotte's case) and the business tax (Usinage Pouliot's case). The same by-laws are in issue for all members of the groups. The questions of law are therefore identical. The only difference in Mr. Marcotte's appeal lies in the factual demonstration based on the specific figures for each of the four sectors. Moreover, the calculations are the same for every ratepayer in a given sector. At stake for all the members is the right to recover taxes paid. The action therefore easily meets the similar questions requirement, and this is not a case in which a judge should exercise his or her discretion to decide whether to authorize or refuse the actions. I will therefore turn now to the second condition.

(2) Article 1003(b) C.C.P.: Do the Facts Alleged Seem to Justify the Conclusions Sought?

[90] Under the second condition of art. 1003 C.C.P., the judge must determine whether the facts alleged seem to justify the conclusions sought. This condition goes to the merits of the case, not to procedure. The courts have long held that an applicant does not have to prove the alleged facts at the stage of the motion for authorization: *Guimond*, at paras. 9, 11 and 12; *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec v. Quebec Urban Community Transit Commission*, [1981] 1 S.C.R. 424; *Berdah v. Nolisair International Inc.*, [1991] R.D.J. 417 (C.A.), at pp. 420-21; *Lasalle v. Kaplan*, [1988] R.D.J. 112 (C.A.); *Desmeules v. Hydro-Québec*, [1987] R.J.Q. 428 (Sup. Ct.); and K. Delaney-Beausoleil, "Le recours collectif", in D. Ferland and B. Emery, eds., *Précis de procédure civile du Québec* (4th ed. 2003), vol. 2, at p. 913. The facts are assumed to be true, and the court may take both the alleged facts and the exhibits into account to determine whether the applicant has met the applicable standard of the *prima facie* case, the same standard applicable to injunctions.

[89] Suivant l'al. 1003a), le juge doit évaluer la similitude des questions à régler dans les recours des membres du groupe. En l'espèce, pour chacun des membres, le fond du litige concerne le respect par Longueuil de la limite d'augmentation du fardeau fiscal (dossier Marcotte) et de la taxe d'affaires (dossier Usinage Pouliot). Les mêmes textes réglementaires sont en cause pour tous les membres des groupes. Les questions de droit sont donc identiques. Seule la démonstration factuelle fondée sur les données propres à chacun des quatre secteurs diffère dans le pourvoi Marcotte. Par ailleurs, les calculs sont les mêmes pour chacun des contribuables d'un secteur donné. Pour tous se pose la question du droit à la répétition des taxes. La demande satisfait donc facilement au critère de la similarité des questions, et il ne s'agit pas d'un cas où le juge devrait utiliser sa marge d'appréciation pour décider d'accepter ou de refuser les recours. Je passe donc maintenant à l'analyse de la deuxième condition.

(2) L'alinéa 1003b) C.p.c. : Les allégations paraissent-elles justifier les conclusions recherchées?

[90] La deuxième condition de l'art. 1003 C.p.c. requiert que le juge détermine si les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées. Cette condition concerne le fond du recours et non la procédure. Les tribunaux ont depuis longtemps établi que le demandeur n'a pas à faire la preuve des faits allégués lors de la demande d'autorisation : *Guimond*, par. 9, 11 et 12; *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec*, [1981] 1 R.C.S. 424; *Berdah c. Nolisair International Inc.*, [1991] R.D.J. 417 (C.A.), p. 420-421; *Lasalle c. Kaplan*, [1988] R.D.J. 112 (C.A.); *Desmeules c. Hydro-Québec*, [1987] R.J.Q. 428 (C.S.), et K. Delaney-Beausoleil, « Le recours collectif », dans D. Ferland et B. Emery, dir., *Précis de procédure civile du Québec* (4^e éd. 2003), vol. 2, p. 913. Les faits sont tenus pour avérés et le tribunal peut tenir compte autant des allégations que des pièces pour déterminer si le demandeur a satisfait à la norme applicable. Cette norme est celle de la preuve à première vue, tout comme en matière d'injonction.

[91] Since the conclusions sought in the instant cases have two aspects — the declarations that the by-laws and resolutions are null and the claim for recovery — the standard must be applied in respect of two questions: (1) Do the alleged facts justify a conclusion that the by-laws and resolutions are null? (2) If the by-laws or the resolutions are null, will it be possible for the judge who hears the actions to order that the wrongfully collected taxes be refunded?

[92] A municipal by-law may be quashed either because no law authorized its adoption — that is, the municipality lacked the authority to adopt it — or because it is abusive or oppressive: P. Faribault, *Les recours de contrôle judiciaire* (2001), vol. 1, at p. 10; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, at pp. 346-56. A resolution, too, can be quashed for these same reasons. Although the action in nullity is a procedure that entails the exercise of the Superior Court's superintending powers and its discretion, that court's power to refuse to grant a declaration of nullity is all but nonexistent where a municipality has exceeded its authority, as the appellants Marcotte and Usinage Pouliot allege in the cases at bar: *Immeubles Port Louis*, at p. 372. As for restitution, it will be granted if the administrative act is quashed, as the parties will have to be restored to the position they were in before that act.

(a) *Do the Alleged Facts Justify a Conclusion of Nullity?*

[93] In Mr. Marcotte's appeal, Longueuil submits that the facts alleged in respect of 2005 are insufficient to justify a conclusion that the municipal acts in issue are null. According to Longueuil, the tax burden decreased in 2003 and 2004.

[94] Without prejudging the merits of the cases, and subject to the decision on prescription as regards the years 2003 and 2004, I would say that the claims of the appellants Marcotte and Usinage Pouliot have "a good colour of right": *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec*, at p. 429. The appellants submit that

[91] Comme les conclusions recherchées dans les présentes affaires comportent deux volets — l'annulation des règlements et résolutions et le remboursement — l'application de la norme se pose à l'égard de deux questions : (1) Les allégations justifient-elles de conclure à la nullité des règlements et résolutions? (2) Si les règlements ou résolutions sont invalidés, le juge saisi des demandes pourra-t-il ordonner le remboursement des taxes payées par suite de l'imposition sans droit?

[92] Un règlement municipal peut être annulé soit parce que son adoption n'est pas autorisée par une loi — il a alors été adopté sans compétence —, soit en raison de sa nature abusive ou oppressive : P. Faribault, *Les recours de contrôle judiciaire* (2001), vol. 1, p. 10; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, p. 346-356. Une résolution peut, elle aussi, être annulée pour ces motifs. Même si l'action en nullité est un recours relevant des pouvoirs de surveillance de la Cour supérieure et de son pouvoir discrétionnaire, le pouvoir de celle-ci de refuser de prononcer la nullité est à peu près inexistant lorsqu'il s'agit d'un acte outrepassant la compétence de la municipalité, comme le prétendent ici les appelants Marcotte et Usinage Pouliot : *Immeubles Port Louis*, p. 372. Quant à la répétition de l'indu, elle sera accordée si l'acte administratif est annulé, car les parties devront être remises dans la position où elles se trouvaient avant cet acte.

a) *Les allégations justifient-elles de conclure à la nullité?*

[93] Dans le pourvoi Marcotte, Longueuil soutient que, pour 2005, les allégations sont insuffisantes pour conclure à la nullité des actes municipaux en litige. Selon Longueuil, pour les années 2003 et 2004, il y aurait diminution du fardeau fiscal.

[94] Sans préjuger de la décision sur le fond, et sous réserve de la décision sur la prescription pour les années 2003 et 2004, les prétentions des appelants Marcotte et Usinage Pouliot ont « une apparence sérieuse de droit » : *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec*, p. 429. Ils prétendent que Longueuil aurait outrepassé les

Longueuil exceeded its powers under ss. 87.1 and 87.2 of its charter by increasing the tax burden, in one case, and the business tax, in the other, by more than 5% per year in each sector. The information they have provided is, *prima facie*, capable of supporting an inference that the ceiling was exceeded. As for the impugned resolutions, they identify specific amounts rather than prescribing, as required by s. 87.5, rules for calculating the part of the tax increase resulting from the constitution of the city. Subject to the argument concerning prescription in respect of 2003 and 2004, the action cannot be rejected on the basis that it is “frivolous or manifestly improper”: *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec*, at p. 429. This is, *prima facie*, a case of excess of jurisdiction, since it is alleged that the exercise of taxing authority was inconsistent with the *Charter of Ville de Longueuil*.

(b) *If the By-laws and Resolutions Are Null, Will It Be Possible for the Judge to Order That the Taxes Be Refunded?*

[95] In Mr. Marcotte’s case, Longueuil submits that the action for restitution is prescribed in respect of 2003 and 2004 because Mr. Marcotte did not apply for declarations of nullity for those years before asking this Court for permission to amend his conclusions.

[96] In principle, the amendment of a motion will be permitted, even on appeal, provided that it is not useless or contrary to the ends of justice and does not result in an entirely new action or application having no connection with the original one (arts. 199 and 509 C.C.P.). The requests for declarations that the resolutions are null and for restitution in respect of 2003 and 2004 are not unrelated to the request for declarations that the by-laws are null included in the original motion. It would be hard for the city to claim to be surprised that Mr. Marcotte wishes to amend his conclusions in respect of 2003 and 2004 to make them similar to those already sought in respect of 2005, especially since the motion already included the question whether the

pouvoirs qui lui sont conférés par les art. 87.1 et 87.2 de sa charte en augmentant de plus de 5 % par année, par secteur, le fardeau fiscal dans un cas et la taxe d’affaires dans l’autre. Les données fournies par les appelants permettent, à première vue, d’inférer que ce plafond a été dépassé. Quant aux résolutions contestées, elles identifient des montants spécifiques au lieu de prévoir, comme l’exige l’art. 87.5, des règles de calcul permettant de déterminer la part de l’augmentation de taxes qui découle de la constitution de la ville. Sous réserve de l’argument concernant la prescription pour les années 2003 et 2004, le recours ne saurait être refusé au motif qu’il est « frivole ou manifestement mal fondé » : *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec*, p. 429. Il s’agit, à première vue, d’un cas d’excès de compétence, car le pouvoir de taxation n’aurait pas été exercé conformément à la *Charte de la Ville de Longueuil*.

b) *Si les règlements et résolutions sont invalidés, le juge pourra-t-il ordonner le remboursement des taxes payées?*

[95] Dans le dossier Marcotte, Longueuil soutient que la demande de répétition de l’indu est prescrite pour les années 2003 et 2004, au motif que M. Marcotte n’a pas formulé de demande de déclarations de nullité pour ces années avant de demander à notre Cour l’autorisation d’amender ses conclusions.

[96] En principe, l’amendement de la requête sera accordé, même en appel, s’il est utile, s’il est dans l’intérêt de la justice et s’il n’en résulte pas une demande entièrement nouvelle sans rapport avec la demande originaire (art. 199 et 509 C.p.c.). La demande en nullité des résolutions ainsi que celle en répétition de l’indu pour les années 2003 et 2004 ne sont pas étrangères à la demande d’annulation des règlements déjà incluse dans la requête originale. La ville peut difficilement se dire surprise que M. Marcotte désire amender ses conclusions à l’égard de 2003 et de 2004 pour qu’elles soient semblables à celles déjà formulées à l’égard de 2005, d’autant plus que le caractère *ultra vires* ou non des règlements et résolutions pour les années 2003 et

by-laws and resolutions for 2003 and 2004 were *ultra vires* as a common question in 2005.

[97] When applying art. 1003(b), a court may have to decide questions of law or of mixed fact and law flowing from the alleged facts. Thus, although a question related to prescription often requires proof that goes to the merits, this is not always the case. In the cases at bar, I think it would be unwise to answer questions requiring an assessment of the facts at the stage of the application for authorization. The judge at first instance reached this same conclusion in dismissing the motion to dismiss. The trial judge will be able, upon application, to reconsider this question concerning prescription in respect of 2003 and 2004 when he or she sees fit, on the basis of evidence not before this Court. I would add that the Court of Appeal considered prescription, although in relation to an altogether different aspect of the case. It did not discuss the prescriptive period applicable to 2003 and 2004, but concluded on another issue that individual actions would not be prescribed even if the class action were not authorized. I will return to this question below.

[98] According to the Court of Appeal, a declaration by a judge would not make it possible to establish the amount of the refund owed to each ratepayer. Rochon J.A. wrote the following:

[TRANSLATION] Even if a judge were to declare that the by-laws in issue are null, that would not make it possible to establish the amount of the refund owed to each ratepayer.

This is because of the nature of the unlawful act that is alleged to have been committed. The claim that the city exceeded its authority is based on the allegation that the overall tax burden increased by more than 5%. The tax burden consists of revenues from various sources, including the property tax. Accordingly, if the 5% limit is exceeded, the question of the appropriate remedy remains unanswered. Should all revenues, to the extent possible, be reduced in the same proportion to comply with the 5% limit? Are other remedies possible? Or, taken to the extreme, can it be said that this aspect of the case is justiciable? [paras. 30-31]

2004 figurait déjà comme question commune à la requête de 2005.

[97] Dans l'application de l'al. 1003b), le tribunal peut être appelé à trancher des questions de droit ou des questions mixtes de faits et de droit découlant des allégations. Ainsi, même si la question de la prescription repose souvent sur une preuve qui relève du fond, ce n'est pas toujours le cas. En l'espèce, cependant, j'estime qu'il n'est pas prudent de trancher, au stade de la demande d'autorisation du recours, des questions qui requièrent une évaluation des faits. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle est arrivé le juge de première instance lorsqu'il a rejeté la requête en irrecevabilité. Le juge du fond pourra, sur demande, réexaminer la question de la prescription pour les années 2003 et 2004 au moment qu'il choisira, au vu d'une preuve dont la Cour ne dispose pas. J'en profite pour préciser que la Cour d'appel s'est penchée sur la question de la prescription, mais relativement à un tout autre aspect de l'affaire. Elle n'a pas évalué le délai en ce qui concerne les années 2003 et 2004, mais elle a par ailleurs conclu que les recours individuels ne seraient pas prescrits même si le recours collectif n'était pas autorisé. Je reviendrai plus loin sur cette question.

[98] De l'avis de la Cour d'appel, une déclaration judiciaire ne permettrait pas d'établir le montant du remboursement dû à chaque contribuable. Le juge Rochon s'est exprimé ainsi :

Une éventuelle déclaration judiciaire de nullité des règlements en cause ne permettra pas pour autant d'établir le montant du remboursement dû à chaque contribuable.

Cela tient à la nature de l'illégalité qui aurait été commise. L'*ultra vires* résiderait dans la majoration de plus de 5 % du fardeau fiscal global. Ce fardeau est composé d'un ensemble de revenus dont notamment la taxe foncière. Dès lors, si la limite de 5 % est dépassée, la question du redressement approprié demeure entière. Devrait-on, dans la mesure du possible, diminuer dans une même proportion l'ensemble des revenus pour respecter la limite de 5 %? Y a-t-il d'autres mesures de redressement possibles? À la limite, peut-on affirmer que cette portion du débat est justiciable? [par. 30-31]

This comment implies that the Court of Appeal did not see how the conclusions, as drafted, could be granted. In fact, the appellants Marcotte and Usinage Pouliot have not asked for a tax reduction, a recalculation or any other remedy. In this Court, Mr. Marcotte seeks the following conclusion:

[TRANSLATION] ORDER the City of Longueuil to refund to the members of the group the unlawfully imposed general property taxes in respect of the years 2003, 2004 and 2005

This is a simple conclusion for the recovery of taxes paid.

[99] If the Court of Appeal saw a problem, it was that it did not see how a simple refund of the wrongfully imposed taxes would be possible. In its view, if the by-laws and resolutions were quashed, new versions would have to be adopted and implemented to provide for the city's needs, and it wanted to avoid the processes of refunding the taxes and imposing new taxes. With respect, the approach implicitly suggested by the Court of Appeal is not the one that is usually taken in the context of an action to recover taxes. As a general rule, if a public body performs an act that it does not have the authority to perform, the act must be quashed, with all the consequences this entails. If a tax has been wrongfully imposed, taxpayers can be reimbursed. There may be cases in which a court has the necessary authority, and the information it needs, to order restitution of an amount lower than the amount paid pursuant to an obligation that was wrongfully imposed. It is also conceivable that if the National Assembly were to intervene, one of the solutions it might consider would be to set up a mechanism through which a partial refund would be possible. It is not open to the courts to propose such a solution, however. In the cases at bar, at this stage, the judge would not have all the information needed to depart from the general rule and order the refund of a lesser amount. It is not up to the judge to decide how the increases should be apportioned among the various components of the tax burden.

Ce commentaire implique que la Cour d'appel ne pouvait concevoir que les conclusions formulées pouvaient être accordées. En effet, les appelants Marcotte et Usinage Pouliot ne demandent pas une diminution de taxe, un nouveau calcul ou un autre redressement. Dans son recours devant notre Cour, M. Marcotte conclut ainsi :

ORDONNER à la Ville de Longueuil de rembourser aux membres du groupe la taxe foncière générale imposée illégalement pour les années 2003, 2004 et 2005 . . .

Il s'agit là d'une simple conclusion en remboursement de taxes.

[99] Si la Cour d'appel a vu une difficulté, c'est qu'elle ne pouvait envisager un simple remboursement des taxes imposées sans droit. Elle considérait que, si les règlements et résolutions étaient annulés, de nouveaux textes devraient être adoptés et mis en œuvre pour pourvoir aux besoins de la ville, et elle voulait éviter le processus de remboursement et celui lié à l'imposition d'une nouvelle taxe. Avec égards pour l'opinion contraire, l'approche suggérée implicitement par la Cour d'appel n'est pas celle qui est habituellement suivie dans le contexte d'une demande de répétition de taxes. Si un organisme public accomplit un acte alors qu'il n'en a pas le pouvoir, en règle générale, cet acte doit être annulé, avec toutes les conséquences que cela implique. Si une taxe est imposée sans droit, le contribuable pourra être remboursé. Il peut survenir des cas où le tribunal possède le pouvoir et l'information nécessaires pour ordonner la restitution d'une somme moindre que celle payée par suite d'une obligation imposée sans droit. On peut aussi imaginer que, si l'Assemblée nationale devait intervenir, l'une des avenues qu'elle pourrait considérer est la mise en place d'un contexte permettant d'envisager un remboursement partiel. Cette solution n'est cependant pas du ressort du pouvoir judiciaire. En l'espèce, à ce stade-ci, le juge ne disposerait pas de toute l'information qui lui permettrait de déroger à la règle générale et d'ordonner le remboursement d'une somme moindre. Il ne lui revient pas de décider de la répartition des augmentations entre les différentes composantes du fardeau fiscal.

[100] Thus, I do not see why the conclusions sought by Mr. Marcotte and Usinage Pouliot could not be granted. They simply represent an application of the general rule on quashing an administrative act. The amount paid by each ratepayer would be easy to determine. It would be a liquid amount whose exigibility would hinge solely on an order of the court declaring the administrative act to be null.

[101] In addition to the question whether the amounts claimed by the appellants Marcotte and Usinage Pouliot are liquid and exigible, another concern of the Court of Appeal can be identified. Behind its refusal to contemplate a full refund of the taxes paid, a hint of the fiscal chaos argument raised by Longueuil can be seen. According to this argument, if tax by-laws were quashed, the municipality hopes that the National Assembly would confer on it a special power to adopt new by-laws to cover expenditures already incurred during the years in question. If so, nothing would then be gained from quashing the impugned resolutions and by-laws. Longueuil adds that, unlike the government — which may enact retroactive legislation on its own — the municipality is dependent on the government's will. Finally, Longueuil submits that a court hearing an administrative law case does not have the same powers as in a constitutional case, especially as regards a possible suspension of the effects of a declaration of nullity. It contends, in short, that any order for a refund would cause fiscal chaos for all ratepayers, particularly in the context of the demergers.

[102] Two comments must be made regarding the fiscal chaos argument: (1) to hold that the courts have a discretion to dismiss an action on the basis that the consequences of a judgment would be too great would amount to granting the defendants immunity, which would be inconsistent with the principle of the division of powers, and (2) this Court has already held that municipalities do not have immunity.

[100] Je ne vois donc pas pourquoi les conclusions recherchées par M. Marcotte et Usinage Pouliot ne pourraient pas être accordées. En effet, il s'agit uniquement de l'application de la règle générale en matière d'annulation d'un acte administratif. Le montant payé par chaque contribuable est facile à établir. Il s'agit d'une somme liquide, dont l'exigibilité ne dépend que de l'ordonnance du tribunal qui prononce la nullité de l'acte administratif.

[101] Outre la question du caractère liquide ou exigible des sommes réclamées par les appelants Marcotte et Usinage Pouliot, on peut déceler une autre préoccupation de la Cour d'appel. Derrière son refus d'envisager le remboursement complet des taxes payées, on devine également l'argument du chaos fiscal avancé par Longueuil. Suivant cet argument, en cas d'annulation d'un règlement de taxation, la municipalité espère se voir reconnaître par l'Assemblée nationale un pouvoir spécial l'autorisant à adopter de nouveaux règlements qui permettraient de payer les dépenses déjà faites pendant les années en cause. Et si c'était le cas, il ne servirait alors à rien d'annuler les résolutions et règlements contestés. Longueuil ajoute que, contrairement au gouvernement — qui peut lui-même adopter une loi rétroactive —, elle est pour sa part tributaire du bon vouloir de ce dernier. Enfin, Longueuil soutient que le tribunal saisi d'une affaire de droit administratif n'a pas les mêmes pouvoirs que s'il s'agit d'un litige constitutionnel, notamment quant à une possible suspension des effets d'une déclaration d'invalidité. Elle prétend en somme que toute ordonnance de remboursement entraînerait un chaos fiscal pour l'ensemble des contribuables, particulièrement dans le contexte des défusions.

[102] Deux remarques s'imposent au sujet de l'argument du chaos fiscal : (1) reconnaître aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de rejeter un recours au motif que les conséquences d'un jugement sont trop grandes équivaudrait à accorder une immunité aux défendeurs, ce qui contreviendrait au principe du partage des pouvoirs, et (2) notre Cour a déjà décidé qu'aucune immunité ne protégeait les municipalités.

[103] As part of the democratic process, elected officials vote for the laws that govern executive action. If the courts were to grant the executive branch the right not to comply with the law where the consequences of an adverse judgment would be too great, the judiciary would be usurping the authority not only of elected officials, but also of voters. In the cases at bar, the amalgamation process begun in the 1970s resulted in the *Amalgamations Act* in 2002. After a political debate, public consultations were authorized, and the *Demergers Act* was passed. This entire process was highly politicized (see: A. Sancton, “Municipal Mergers and Demergers in Quebec and Ontario”, paper prepared for the Annual Meeting of the Canadian Political Science Association, York University, June 1, 2006). The appropriateness of the amalgamations and demergers is a political question. The courts have only a limited role to play in the process, that of reviewing acts performed, having regard to the rules established by the legislature. If a plaintiff contends that a public body has acted contrary to an enabling statute, the court cannot dismiss the action on the basis that the conclusions sought would have dire consequences.

[104] Furthermore, in *Kingstreet Investments*, this Court rejected the notion of immunity against claims for the recovery of taxes. In that case, the Court heard a claim for the recovery of taxes that had been held to be unconstitutional. Bastarache J., writing for the Court, stated that “[w]hen the government collects and retains taxes pursuant to *ultra vires* legislation, it undermines the rule of law” (para. 15).

[105] Bastarache J. was also clear in rejecting the fiscal chaos argument:

Another policy reason given by La Forest J. for the immunity rule [in *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161,] was a concern for fiscal inefficiency and fiscal chaos (p. 1207). My view is that concerns regarding potential fiscal chaos are best left to Parliament and the legislatures to address, should they choose to do so. Where the state leads evidence before the court establishing a real concern about fiscal

[103] Dans le processus démocratique, ce sont les élus qui votent les lois régissant les actes de l'exécutif. Si les tribunaux devaient accorder à l'exécutif le droit de ne pas respecter les lois lorsque les conséquences d'un jugement défavorable sont trop importantes, cela signifierait que le pouvoir judiciaire se substitue non seulement aux élus mais également aux électeurs. En l'espèce, le processus des fusions amorcé dans les années 1970 s'est concrétisé par la *Loi sur les fusions* en 2002. À la suite d'un débat politique, des consultations populaires ont été autorisées et la *Loi sur les défusions* a été adoptée. Toute cette démarche est éminemment politique (voir : A. Sancton, « Municipal Mergers and Demergers in Quebec and Ontario », document préparé dans le cadre du Congrès annuel de l'Association canadienne de science politique, York University, 1^{er} juin 2006). L'opportunité des fusions et des défusions relève de la sphère politique. Les tribunaux n'ont qu'un rôle limité dans le processus, celui de contrôler les actes accomplis au regard des règles qui ont été établies par le législateur. Si un demandeur prétend qu'un organisme public a agi en contravention avec une loi habilitante, le tribunal n'a pas le droit de rejeter le recours au motif que les conclusions recherchées entraîneraient des inconvénients majeurs.

[104] Par ailleurs, dans *Kingstreet Investments*, notre Cour a écarté la thèse de l'immunité à l'égard d'une demande de remboursement de taxes. Dans cette affaire, la Cour était saisie d'une demande de remboursement de taxes jugées inconstitutionnelles. Se prononçant pour la Cour, le juge Bastarache a déclaré que, « [l]orsque le gouvernement perçoit et conserve une taxe [perçue] en vertu d'une loi *ultra vires*, il sape la primauté du droit » (par. 15).

[105] Le juge Bastarache écarte aussi clairement l'argument du chaos fiscal :

[Dans *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161,] [l]e juge La Forest a aussi invoqué, pour justifier la règle de l'immunité, des craintes relatives à l'inefficacité fiscale et au chaos fiscal (p. 1207). À mon avis, il est préférable de laisser au Parlement et aux législatures le soin d'examiner, s'ils le désirent, les risques de chaos fiscal. Lorsque l'État soumet au tribunal une preuve établissant l'existence de réelles craintes de

chaos, it is open to the court to suspend the declaration of invalidity to enable government to address the issue. [para. 25]

See also D. A. Crerar, “The Restitutionary Class Action: Canadian Class Proceedings Legislation as a Vehicle for the Restitution of Unlawfully Demanded Payments, *Ultra Vires* Taxes, and Other Unjust Enrichments” (1998), 56 *U.T. Fac. L. Rev.* 47, at pp. 66-71.

[106] Although a municipality cannot enact legislation to remedy the fact that it has exceeded its authority, it can of course ask the provincial legislature to do so. But this legal and political situation falls outside the scope of a class action brought before a judge. Furthermore, the municipality may be protected by prescription. Commenting in *Abel Skiver Farm* on the five-year prescriptive period that applied in that case, Beetz J. wrote the following:

In imposing this short prescription, the legislator has provided, *inter alia*, relative protection for municipal and school finances. [p. 447]

[107] It is now settled that a claim for the recovery of wrongfully imposed taxes is an action for restitution (art. 1491 C.C.Q.). The prescriptive period applicable to an action for recovery of wrongfully imposed municipal taxes is set by the general provision of art. 2925 C.C.Q. Section 586 of the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19 (six-month prescriptive period for “damages occasioned by faults, or illegalities”, committed by a municipality), and s. 172 of the *Act respecting municipal taxation*, R.S.Q., c. F-2.1 (on the quashing of the roll), do not apply. The action is therefore prescribed by three years as of the date of payment: *Abel Skiver Farm*; J. Pineau, D. Burman and S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4th ed. 2001), at p. 474, §268.

[108] Since the facts alleged seem to justify the conclusions sought, and since it would be possible to grant those conclusions if the position of the appellants Marcotte and Usinage Pouliot were accepted, I find it impossible to agree with either Longueuil’s arguments or the Court of Appeal’s reasons respecting art. 1003(b) C.C.P.

chaos fiscal, le tribunal peut décider de suspendre la déclaration d’invalidité afin de permettre au gouvernement de régler le problème. [par. 25]

Voir aussi D. A. Crerar, « The Resitutionary Class Action : Canadian Class Proceedings Legislation as a Vehicle for the Restitution of Unlawfully Demanded Payments, *Ultra Vires* Taxes, and Other Unjust Enrichments » (1998), 56 *U.T. Fac. L. Rev.* 47, p. 66-71.

[106] Même si une municipalité ne peut adopter de loi pour remédier à ses propres excès de compétence, elle peut néanmoins très bien solliciter l’intervention de la législature provinciale à cet égard. Cet état de fait juridique et politique déborde cependant le contexte du recours collectif dont le juge sera saisi. De plus, la municipalité peut être protégée par la prescription. Commentant la prescription de cinq ans applicable dans *Abel Skiver Farm*, le juge Beetz a écrit ceci :

En imposant cette courte prescription, le législateur assure aux finances municipales et scolaires, entre autres, une protection relative. [p. 447]

[107] Il est maintenant établi qu’une demande de remboursement de taxes imposées sans droit correspond à l’action en répétition de l’indu (art. 1491 C.c.Q.). La prescription de l’action en répétition de taxes municipales imposées sans droit est fixée par la disposition générale de l’art. 2925 C.c.Q. En effet, l’art. 586 de la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19 (prescription de six mois pour « pour dommages-intérêts résultant de fautes ou d’illégalités » commises par la municipalité), et l’art. 172 de la *Loi sur la fiscalité municipale*, L.R.Q., ch. F-2.1 (concernant la nullité du rôle), ne sont pas applicables. L’action se prescrit donc par trois ans à compter du jour du paiement : *Abel Skiver Farm*; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4^e éd. 2001), p. 474, §268.

[108] Comme les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées et que celles-ci pourraient être accordées si la position des appelants Marcotte et Usinage Pouliot était acceptée, je conclus que ni les prétentions de Longueuil ni les motifs exposés par la Cour d’appel liés à l’al. 1003b) C.p.c. ne peuvent être retenus.

(3) Article 1003(c) C.C.P.: Does the Composition of the Group Make the Application of Article 59 or Article 67 C.C.P. Difficult or Impracticable?

[109] Regarding the claim for the recovery of taxes, the condition of art. 1003(c) was not analysed in detail by either the Superior Court or the Court of Appeal. But it is clear that if every ratepayer wanted to take part in the action, it would be very difficult and quite impracticable to ask each of them for a mandate or to join them all as co-plaintiffs. What the Court of Appeal held — and Longueuil argues this here — is that there would be no point in having all the members take part in the action given that a judgment in a single action in nullity would apply in respect of all of them. The cases relied on in support of this proposition are *Francaeur*, *St-Césaire* and *Gravel*. In *St-Césaire*, Rothman J.A. summarized the legal basis for this position as follows:

All of the taxpayers would, of course, be bound by any declaration of nullity pronounced by the Court whether the action is taken by Appellants individually or under Articles 59 or 67 C.C.P. or under the class action provisions of the Code. Whoever takes the proceedings, all of the taxpayers would, in any event, obtain the same benefits and be subject to the same disadvantages that flow from the nullity of these by-laws. But that does not mean that all of them have an interest in seeking their nullity or pursuing the recourse proposed by Appellants. The contrary would seem to be the case here.

In my opinion, a taxpayer cannot be authorized to represent all of the other taxpayers in the municipality merely because they will be affected by the judgment in the action in nullity he proposes to institute. That does not create a “group” and it does [not] make all of the taxpayers “members” of a group. Indeed, in any action to set aside a municipal by-law, all of the taxpayers would be affected by the outcome. That does not mean they are all, necessarily, “members” of a “group” or that they all have similar or related interests and similar recourses to exercise.

... I do not believe that all of the taxpayers should be deemed to be members of a group for the purpose of

(3) L’alinéa 1003c) C.p.c. : La composition du groupe rend-elle difficile ou peu pratique l’application des art. 59 ou 67 C.p.c.?

[109] En ce qui a trait à la demande de répétition de taxes, la condition formulée à l’al. 1003c) n’a été analysée de manière approfondie, ni par la Cour supérieure ni par la Cour d’appel. Il est cependant évident que, si chacun des contribuables voulait participer au recours, il serait très difficile et très peu pratique de demander à chacun un mandat ou de joindre chaque contribuable au recours comme codemandeur. Ce que la Cour d’appel a décidé, conclusion que plaide Longueuil, est qu’il est inutile que tous les membres participent au recours étant donné qu’un jugement sur une seule action en nullité vaudrait à l’égard de tous. Les arrêts invoqués au soutien de cette proposition sont *Francaeur*, *St-Césaire* et *Gravel*. Dans *St-Césaire*, le juge Rothman a résumé ainsi le fondement juridique de cette position :

[TRADUCTION] Tous les contribuables, bien entendu, seraient liés par une déclaration de nullité prononcée par la Cour, que l’action soit intentée par les appelants individuellement, selon l’article 59 ou 67 C.p.c. ou encore en vertu des dispositions du Code relatives aux recours collectif. Quoi qu’il en soit, peu importe qui intente l’action, tous les contribuables profiteraient des mêmes avantages et subiraient les mêmes inconvénients découlant de la nullité de ces règlements. Mais cela ne veut pas dire que tous ont intérêt à demander qu’ils soient déclarés nuls ou pour exercer le recours proposé par les appelants. C’est plutôt le contraire qui semble vrai en l’espèce.

À mon avis, un contribuable ne peut pas être autorisé à représenter tous les autres contribuables de la municipalité pour le simple motif qu’ils seront touchés par le jugement rendu au sujet de l’action en nullité qu’il se propose d’engager. Cela ne crée pas un « groupe » et cela ne fait pas de tous les contribuables des « membres » d’un groupe. En fait, dans toute action sollicitant l’annulation d’un règlement municipal, tous les contribuables seraient touchés par l’issue de la cause. Cela ne veut pas dire qu’ils sont tous nécessairement « membres » d’un « groupe » ou qu’ils ont tous des intérêts semblables ou connexes et des recours similaires à exercer.

... je ne crois pas que tous les contribuables devraient être réputés constituer des membres d’un groupe

taking proceeding to set aside these by-laws, particularly since the same result can be obtained, if it is to be obtained at all, with much less procedural and administrative complexity and at much less cost through an ordinary action or an action taken under Articles 59 or 67 C.C.P. [Italics omitted; p. 1072.]

If it is assumed that the Court of Appeal's approach may be valid in certain cases, two questions are raised: (1) Would an individual action make the same result possible in the cases at bar as a class action? (2) Is the fact that the interests of certain ratepayers conflict with those of the group members an impediment to the authorization of the class action?

[110] One of the fundamental problems with the Court of Appeal's reasons is that the claim for the recovery of taxes is not given consideration in proportion to its importance in the instant cases. In this sense, the trilogy of cases on which the Court of Appeal based its approach do not answer all the questions raised in the actions for which Mr. Marcotte and Usinage Pouliot are seeking authorization. Acting individually, the appellants might obtain declarations of nullity that would apply in respect of all ratepayers. But if their actions for the recovery of taxes were successful, only Mr. Marcotte and Usinage Pouliot would benefit from orders to refund taxes. As a result, the actions of the other ratepayers for the recovery of taxes could be prescribed even before a final judgment was rendered in the individual actions of Mr. Marcotte and Usinage Pouliot.

[111] Furthermore, whereas prescription is suspended in respect of the members while the authorization procedure is under way (art. 2908 C.C.Q.), time would begin running again if this Court were to affirm the Court of Appeal's judgment. It goes without saying that such a decision would force all ratepayers who wanted to go to the trouble of doing so to bring individual actions promptly. The end of the suspension does not have the effect, as in the case of the interruption of prescription, of causing prescription to run again for the same period (art. 2903 C.C.Q.).

relativement à l'engagement d'une action visant à faire annuler ces règlements, en particulier dans la mesure où le même résultat peut être obtenu, si tant est qu'il doive l'être, avec une bien moins grande complexité administrative et procédurale et à un coût bien moindre au moyen d'une action normale ou d'une action intentée en vertu de l'article 59 ou 67 C.p.c. [Italiques omis; p. 1072.]

Tenant pour acquis que l'approche de la Cour d'appel peut dans certains cas être valable, deux questions se posent : (1) L'action individuelle permettrait-elle, en l'espèce, d'atteindre le même résultat que le recours collectif? (2) Est-ce que le fait que certains contribuables aient des intérêts opposés à ceux des membres du groupe constitue un obstacle à l'autorisation d'un recours collectif?

[110] Un des problèmes fondamentaux des motifs de la Cour d'appel est que le recours en répétition des taxes n'y reçoit pas une considération proportionnelle à son importance dans le présent dossier. En ce sens, la trilogie sur laquelle la Cour d'appel fonde son approche ne répond pas à toutes les questions soulevées dans les recours que M. Marcotte et Usinage Pouliot demandent l'autorisation d'exercer. En agissant individuellement, les appelants pourraient obtenir une déclaration de nullité qui vaudrait pour tous les contribuables. Cependant, en cas de succès de leur demande en répétition de taxes, seuls M. Marcotte et Usinage Pouliot bénéficieraient d'une ordonnance de remboursement de taxes. Par conséquent, les actions des autres contribuables en répétition des taxes pourraient être prescrites avant même qu'un jugement final ait été rendu sur les actions individuelles de M. Marcotte et Usinage Pouliot.

[111] De plus, alors que la prescription est suspendue à l'égard des membres lors de la procédure d'autorisation du recours collectif (art. 2908 C.c.Q.), le délai recommencerait à courir si notre Cour confirmait le jugement de la Cour d'appel. Il va sans dire qu'une telle décision forcerait tous les contribuables qui voudraient bien s'en donner la peine à tenter un recours individuel dans les plus brefs délais. La fin de la suspension n'a pas pour effet, comme dans les cas d'interruption de la prescription, de faire courir la prescription à nouveau par le même laps de temps (art. 2903 C.c.Q.).

[112] The Court of Appeal countered this argument by stating that a class action would be pointless, since the prescriptive period that would otherwise apply to the actions for restitution would be interrupted in respect of ratepayers who did not participate in the direct action in nullity. According to the Court of Appeal, the interruption of prescription would result from art. 2900 C.C.Q.:

Interruption with regard to one of the creditors or debtors of a solidary or indivisible obligation has effect with regard to the others.

[113] The Court of Appeal therefore asserted that [TRANSLATION] “the claim, if one exists, can be said to be indivisible” (para. 32). Thus, it considered that any claim of the ratepayers in respect of municipal taxes would be indivisible. This interpretation is surprising and, if accepted, would have quite surprising consequences.

[114] I agree that each ratepayer’s individual obligation to pay a municipal tax is indivisible, in that the tax is imposed in respect of an entire year. A municipality can decide to impose the tax for a given year at a time of its choosing. It can also ask ratepayers to pay the tax by a certain date: *Beauchamp v. Cité d’Outremont*, [1970] C.A. 286, at p. 289.

[115] But this is not the rule on which the Court of Appeal based its assertion. In the Court of Appeal’s view, it is the possible claim of the ratepayers that is indivisible. But if this reasoning were followed, the effect would be that the whole of the refund due from the municipality could be claimed by a single ratepayer in light of art. 1520, para. 2 C.C.Q. This presupposes that the ratepayers’ obligation to pay their taxes would also be indivisible, which means that the total of the taxes owed to the municipality could be claimed from a single ratepayer. Finally, this would mean that if one of the ratepayers brought an action for the recovery of taxes, that action would interrupt prescription in respect of all the municipality’s other ratepayers. This interpretation of the concept of debt for non-payment of a municipal tax is, to say the least, a novel one. I doubt that adopting it would be desirable.

[112] À cet argument, la Cour d’appel a opposé que le recours collectif est inutile étant donné que la prescription autrement applicable à l’encontre des actions en répétition de l’indu serait interrompue à l’égard des contribuables ne participant pas à l’action directe en nullité. Selon la Cour d’appel, l’interruption de la prescription résulterait de l’art. 2900 C.c.Q. :

L’interruption à l’égard de l’un des créanciers ou des débiteurs d’une obligation solidaire ou indivisible produit ses effets à l’égard des autres.

[113] La Cour d’appel avance donc que « la créance, si elle existe, peut être qualifiée d’indivisible » (par. 32). Ainsi, pour la Cour d’appel, la créance éventuelle des contribuables à l’égard des taxes municipales serait indivisible. Cette interprétation surprend et, si elle était retenue, elle aurait des conséquences plutôt étonnantes.

[114] Je reconnais que l’obligation individuelle de chaque contribuable de payer une taxe municipale est indivisible en ce qu’elle est imposée pour une année entière. Une municipalité peut choisir d’imposer la taxe au moment qu’elle choisit pour une année donnée. La municipalité peut également demander aux contribuables de payer cette taxe à la date qu’elle fixe : *Beauchamp c. Cité d’Outremont*, [1970] C.A. 286, p. 289.

[115] Telle n’est cependant pas la règle sur laquelle la Cour d’appel se fonde. La Cour d’appel estime que c’est la créance éventuelle des contribuables qui est indivisible. Or, si ce raisonnement était suivi, cela signifierait que le total du remboursement dû par la municipalité pourrait être réclamé par un seul contribuable vu l’art. 1520, al. 2 C.c.Q. Cela présume que l’obligation des contribuables de payer leurs taxes serait, elle aussi, indivisible, de sorte que le total des taxes dues à la municipalité pourrait être réclamé d’un seul contribuable. Enfin, cela signifierait que si l’un des contribuables intentait un recours en répétition de taxes, son action aurait pour effet d’interrompre la prescription à l’égard de tous les autres contribuables de la municipalité. Cette interprétation de la notion de dette pour cause de non-paiement d’une taxe municipale est, pour le moins, nouvelle. Je doute qu’il soit souhaitable de la retenir.

[116] Obligations are generally divisible. An obligation is indivisible only where this is stipulated to be the case or where the object of the obligation is indivisible owing to its nature (art. 1519 C.C.Q.). Where a divisible obligation (such as the payment of a sum of money) binds a single creditor and a single debtor, however, it must be performed as if it were indivisible (art. 1522 C.C.Q.). It might be asked whether an obligation concerning municipal taxes involves a relationship between a single creditor and a single debtor or one that binds many other persons. For example, Mr. Marcotte resides in a municipality with thousands of ratepayers. Are there thousands of distinct obligations between the city and individual ratepayers? Or, on the contrary, is there a single obligation between the city on the one hand and all its ratepayers on the other? To conclude that all the ratepayers are bound to the city by an indivisible obligation would be to establish an entirely new rule. If there are thousands of distinct obligations, art. 2900 C.C.Q. cannot apply. With respect, I believe this to be the case. Each ratepayer has an individual and distinct obligation to the city to pay his or her own taxes. If the city collects a tax from that person, either the tax was imposed lawfully and the ratepayer is accordingly discharged, or it was imposed unlawfully and the ratepayer who paid it can obtain a judgment requiring the city to refund the amount in question. Article 2900 C.C.Q. therefore does not apply to an action for the recovery of municipal taxes.

[117] Finally, it could be argued that the city has an indivisible obligation to all its ratepayers not to exceed its authority. However, this obligation would be limited to the public law dimension of the action and would not affect the recovery of taxes aspect.

[118] In sum, each ratepayer must pay the imposed tax. His or her own obligation to the municipality is, in principle, indivisible. Unless the municipality allows ratepayers to pay the tax in instalments, it must be paid all at once. In my opinion, the rule of indivisibility extends no further than this in municipal taxation matters.

[116] Une obligation est généralement divisible. En revanche, elle est indivisible seulement si l'indivisibilité est stipulée ou encore si l'objet de l'obligation est indivisible par nature (art. 1519 C.c.Q.). Entre un seul créancier et un seul débiteur, l'obligation divisible (comme le paiement d'une somme d'argent) doit toutefois être exécutée comme si elle était indivisible (art. 1522 C.c.Q.). On peut se demander si l'obligation liée aux taxes municipales constitue un rapport entre un seul créancier et un seul débiteur ou s'il s'agit d'un rapport liant de nombreuses autres personnes. Prenons le cas de M. Marcotte, qui réside dans une municipalité comptant des milliers de contribuables. Existe-t-il des milliers d'obligations distinctes entre la ville et chacun de ses contribuables? Ou au contraire une seule et même obligation entre la ville d'un côté et l'ensemble des contribuables de l'autre? Le fait de conclure que tous les contribuables sont liés à la ville par une obligation indivisible établirait une règle totalement nouvelle. S'il existe des milliers d'obligations distinctes, l'art. 2900 C.c.Q. ne peut s'appliquer. Et, avec égards pour l'opinion contraire, je crois que c'est le cas. Chaque contribuable a, envers la ville, l'obligation individuelle et distincte de payer ses propres taxes. Si la ville perçoit une taxe auprès de cette personne, ou bien cette taxe a été imposée légalement et le contribuable est alors libéré, ou bien elle a été imposée sans droit et le contribuable qui l'a payée peut obtenir un jugement obligeant la ville à lui rembourser cette somme. L'article 2900 C.c.Q. n'est donc pas applicable au recours en restitution visant des taxes municipales.

[117] On pourrait enfin faire valoir que la ville a, envers tous les contribuables, l'obligation indivisible de ne pas outrepasser ses pouvoirs. Cette obligation ne viserait cependant que l'aspect droit public de l'action et non l'aspect répétition des taxes.

[118] En somme, chaque contribuable est tenu au paiement de la taxe imposée. Sa propre obligation à l'égard de la municipalité est, en principe, indivisible. À moins que la municipalité n'autorise le paiement de la taxe par versements, le contribuable doit l'acquitter en une seule fois. À mon avis, là s'arrête l'application de la règle de l'indivisibilité en matière de taxes municipales.

[119] Consequently, an action for the recovery of taxes brought by one ratepayer does not interrupt prescription in respect of the other ratepayers. The emphasis given to the aspect of the action concerning the nullity of a municipal by-law cannot be allowed to overshadow the other aspect concerning the recovery of the taxes, which is at least as important to the appellants. In sum, prescription runs against all ratepayers who wish to claim a refund of the taxes they have paid.

[120] A parallel can be drawn with the situation of a citizen who sustains an injury because of a poorly maintained sidewalk. Even if it were said that a city has an indivisible obligation to all its ratepayers regarding maintenance and safety, it would not be open to a ratepayer who did not bring an action within the prescriptive period to invoke an interruption of prescription resulting from proceedings brought on time by another. Moreover, in such a case, it could not be argued that the sole purpose of the action was to have the court find a fault on the defendant city's part and, in the case of a motion for authorization to institute a class action, that the choice of a class action was pointless. (I express no opinion, of course, on cases where the issues are not similar.)

[121] Likewise, in an action for the recovery of taxes on the basis that the by-law imposing them is null, the plaintiff cannot claim to be entitled to a refund of the taxes in question until the court finds that the by-law is in fact null. It is incorrect to characterize the action as a simple request to quash the by-law. Consequently, it is also incorrect to state that bringing a class action would be pointless because the judgment would have effect with regard to everyone. No explanation has been given as to why it might be more practicable to pursue the claim for restitution — which is common to all the members — by mandate or by joinder.

[122] It should be noted that in *Francaeur* and *St-Césaire*, two key cases on which the Court of

[119] Par conséquent, lorsqu'un contribuable intente un recours en répétition de taxes, la prescription n'est pas de ce fait interrompue à l'égard des autres contribuables. L'accent qui est mis sur le volet du recours qui se rapporte à la nullité d'un règlement municipal ne saurait occulter l'autre volet — au moins aussi important pour les appelants — qui vise le remboursement de la taxe. En somme, la prescription court contre les contribuables qui veulent réclamer un remboursement des taxes qu'ils ont payées.

[120] Un parallèle peut être établi avec la situation des citoyens qui subissent un préjudice en raison du mauvais entretien d'un trottoir. Même si on qualifiait d'indivisible l'obligation due par une ville à tous les contribuables en matière d'entretien et de sécurité, un contribuable qui n'aurait pas intenté une action dans le délai prescrit ne pourrait invoquer le bénéfice de l'interruption de la prescription résultant de procédures par un autre qui aurait respecté le délai. De plus, dans un tel cas, nul ne saurait prétendre que l'action vise uniquement à faire constater par le tribunal la faute de la ville défenderesse et affirmer, en cas de demande d'autorisation de recours collectif, que le choix de la procédure collective est inutile. (Je ne me prononce évidemment pas sur les cas où les questions en jeu ne sont pas similaires.)

[121] De même, dans une action en remboursement de taxes fondée sur la nullité du règlement imposant celle-ci, le demandeur doit d'abord faire constater la nullité de ce règlement avant de pouvoir prétendre avoir droit au remboursement des taxes en question. Il est inexact de qualifier le recours de simple demande d'annulation du règlement. Par conséquent, il est également inexact d'affirmer que le recours collectif est inutile au motif que le jugement produira ses effets à l'égard de tous. Aucun motif n'a été invoqué pour justifier que la demande de répétition de l'indu — commune à tous les membres — pourrait, de façon plus pratique, être soumise par voie de mandat ou de réunion des demandeurs.

[122] Je signale que, dans *Francaeur* et *St-Césaire*, deux arrêts clés sur lesquels repose la jurisprudence

Appeal's case law is based, the group members were not seeking the recovery of unlawfully imposed taxes. In my view, therefore, those cases do not support a categorical statement that in Quebec law, a class action cannot be brought where the recovery of taxes is sought. The third case cited, *Gravel*, is of little assistance, since no reasons were given for the decision. I therefore find that the past decisions of the Court of Appeal do not support the conclusion it reached in the instant cases.

[123] In fact, the only issue here — whether a class action can be brought to claim a refund of municipal taxes further to a declaration of nullity — was never really considered by the Court of Appeal before this case. In my view, therefore, no authority supports the conclusion the court reached in the cases at bar.

[124] Furthermore, the fact that ratepayers may have divergent interests is not relevant in Quebec class action law. There is no requirement in Quebec that the members of a class action group not have conflicting interests. The city's argument that they may not is drawn from legal principles that used to be applied in certain common law provinces. For example, before the enactment of the *Class Proceedings Act, 1992*, the Ontario courts required that group members not have conflicting interests: see, for example, *York Condominium Corp. No. 148 v. Singular Investments Ltd.* (1977), 16 O.R. (2d) 31 (H.C.J.), at pp. 34-35; *Butler v. Regional Assessment Commissioner, Assessment Region No. 9* (1982), 39 O.R. (2d) 365 (H.C.J.). In Quebec, members with divergent interests can ask to be excluded from the action: arts. 1005 to 1007 C.C.P.

[125] It has often been said that the class action is only a legal procedure and cannot afford a representative more rights than a plaintiff acting alone would have: *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, at para. 106; *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666, at para. 17. In the

de la Cour d'appel, les membres du groupe n'ont fait aucune demande de remboursement de taxes levées illégalement. Ces affaires ne me paraissent donc pas justifier l'affirmation catégorique voulant que le droit québécois n'autorise pas l'exercice d'un recours collectif en cas de demande de répétition de taxes. Le troisième arrêt cité, *Gravel*, est de bien peu de secours, puisqu'il n'est pas motivé. J'en conclus donc que les arrêts antérieurs de la Cour d'appel n'étaient pas la conclusion à laquelle celle-ci est arrivée dans la présente affaire.

[123] En fait, la seule question en litige — à savoir la possibilité d'exercer un recours collectif en cas de demande de répétition des taxes municipales à la suite d'une déclaration d'invalidité — n'a jamais été véritablement étudiée par la Cour d'appel avant la présente affaire. Je suis par conséquent d'avis qu'aucun argument d'autorité ne justifiait la cour de conclure comme elle l'a fait en l'espèce.

[124] Par ailleurs, l'existence d'intérêts potentiellement divergents parmi les contribuables n'est pas pertinente en droit québécois des recours collectifs. En effet, il n'existe au Québec aucune exigence requérant que les membres d'un groupe qui exerce un recours collectif n'aient pas d'intérêts opposés. Cet argument de la ville s'inspire d'anciennes règles de droit de certaines provinces de common law. Ainsi, avant l'adoption de la *Loi de 1992 sur le recours collectif*, la jurisprudence ontarienne exigeait que les membres du groupe n'aient pas d'intérêts opposés : voir, par exemple, *York Condominium Corp. No. 148 c. Singular Investments Ltd.* (1977), 16 O.R. (2d) 31 (H.C.J.), p. 34-35; *Butler c. Regional Assessment Commissioner, Assessment Region No. 9* (1982), 39 O.R. (2d) 365 (H.C.J.). Au Québec, les membres qui auraient des intérêts divergents ont la possibilité de s'exclure du recours : art. 1005 à 1007 C.p.c.

[125] On a souvent dit que le recours collectif ne constitue qu'un moyen procédural et qu'un représentant ne saurait avoir, par cette voie collective, plus de droits que n'en aurait un demandeur agissant seul : *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 106; *Bisaillon c. Université Concordia*,

same vein, if an individual plaintiff can in an ordinary action seek both a declaration that a municipal by-law is null and the recovery of taxes, I do not see why a similar claim could not be made by means of a class action. On this point, the comments made by Reeves J. in authorizing a class action in *Gosselin v. Procureur général du Québec*, [1986] SOQUIJ AZ-87021083 (Sup. Ct.), at pp. 8-9, are instructive:

[TRANSLATION] It was argued that it would be enough for one or more persons in the group to file a suit in that the resulting decision would establish a precedent that would suffice to ensure that the respondent, in applying its general policy on assistance to recipients of social aid, disposed of all their claims. This, adds counsel for the respondent, would reduce the costs of litigation significantly.

Even if this were true, the applicant and the members of her group would still be lawfully entitled to use the class action provided for by law if they met the conditions of art. 1003 C.C.P.

The declaration, as laudable as it may be, of a political intention to comply with a possible judicial precedent can be accorded no weight by the court, which must disregard it.

What is more, if the action has merit, it is only right, since the recourse is available, that it be brought, lest many members of the group lose their rights owing to prescription.

Finally the argument regarding cost savings is without merit. The combined costs of bringing several thousand suits similar to this one would equal or exceed the costs of a class action.

[126] Reeves J.'s comments also apply to municipalities and stand in opposition to those of the Court of Appeal, which stated that there was no reason to believe that the municipality would refuse to take the necessary steps to reimburse ratepayers for any amounts it may have collected unlawfully. This approach would amount to granting immunity to municipalities. But as I mentioned above, municipalities are afforded no such protection, no more, I should add, than are the legislatures or Parliament — see, for example, *Kingsstreet*

2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666, par. 17. Dans le même ordre d'idées, si un demandeur individuel peut, par action ordinaire, solliciter à la fois l'annulation d'un règlement municipal et la répétition des taxes, je ne vois pas pourquoi une demande similaire ne pourrait pas être présentée par voie collective. À cet effet, les observations formulées par le juge Reeves, dans sa décision autorisant le recours collectif dans *Gosselin c. Procureur général du Québec*, [1986] SOQUIJ AZ-87021083 (C.S.), p. 8-9, sont instructives :

On a fait valoir qu'il suffirait qu'une ou plusieurs personnes du groupe intentent une poursuite dont la décision créerait un précédent suffisant pour que l'intimé, dans l'application de sa politique générale d'aide aux assistés sociaux, dispose de leurs réclamations. Cela, ajoute le procureur de l'intimé, réduirait substantiellement les frais du litige.

Même si cela était vrai, il n'empêche que la requérante et les membres de son groupe sont en droit d'utiliser le recours prévu par la Loi, s'ils remplissent les conditions de l'art. 1003 C.P.C.

L'annonce d'une intention politique de se conformer à un précédent judiciaire éventuel, si louable soit-elle, est sans poids aux yeux du Tribunal, qui ne peut en tenir compte.

Au surplus, si l'action est fondée, le recours étant disponible, il est juste qu'il soit exercé, de peur que les droits de nombreux membres du groupe ne se perdent par prescription.

Enfin, l'argument de l'économie de frais est sans valeur. Il suffirait que quelques milliers de poursuites similaires au présent recours soient intentées pour que les frais de ces actions réunies égalent ou dépassent ceux d'un recours collectif.

[126] Les commentaires du juge Reeves s'appliquent tout autant aux municipalités et vont à l'encontre des propos de la Cour d'appel, qui disait que rien ne permet de croire que la municipalité refuserait de prendre les mesures requises pour remettre aux contribuables les sommes qu'elle aurait perçues illégalement. Retenir cette approche équivaldrait à accorder une immunité aux municipalités. Mais, comme je l'ai mentionné plus tôt, les municipalités ne bénéficient pas d'une telle protection, pas plus d'ailleurs que les législatures ou le Parlement — que

Investments or Canada (Attorney General) v. Hislop, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429. The law reports are now replete with decisions in cases in which monetary conclusions have been attached to applications for declarations of nullity or have flowed from such declarations. So the presumed good intentions of public authorities do not constitute a basis for dismissing actions that include monetary claims.

[127] In the cases at bar, it is clear that it would be less difficult and far more practicable to proceed by way of class actions than by way of individual proceedings. The application of the principle of proportionality here enhances the usefulness of the class action, which constitutes an alternative to the institution of thousands of individual actions. Moreover, the fact that Mr. Marcotte's tax bills total approximately \$6,000 for the three years in issue shows that it would have taken a well-to-do and very determined ratepayer to contest the municipality's action alone. This is unquestionably a case in which access to justice will be facilitated by the institution of a class action.

(4) Article 1003(d) C.C.P.: Is the Representative in a Position to Represent the Members Adequately?

[128] As with the first condition, the courts below did not rely on the appellants' ability to represent the members of their respective groups adequately as a basis for dismissing the motions, and Longueuil presents no arguments in this respect. Moreover, the appellants have shown that they are in a position to represent their groups adequately. In my view, therefore, this condition has been met.

V. Conclusion

[129] Much has been made of the principle of proportionality. This principle was adopted to ensure that the proceedings chosen would be proportional to the nature, complexity and ultimate purpose of the action or application. It was regarded as a means of enhancing access to justice. It is almost ironic

l'on songe à *Kingstreet Investments* ou à *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429. Les recueils de jurisprudence regorgent maintenant de décisions portant sur des affaires où des conclusions pécuniaires sont jointes à des demandes d'annulation ou font suite à de telles déclarations. C'est donc dire que les bonnes intentions présumées des pouvoirs publics ne constituent pas un motif justifiant le rejet des recours incluant des demandes pécuniaires.

[127] En l'espèce, il est évident qu'il est moins difficile et beaucoup plus pratique de procéder par voie de recours collectif que par voie de recours individuel. L'application du principe de la proportionnalité rehausse l'utilité du recours collectif. Celui-ci constitue une solution de rechange à l'engagement de milliers de recours individuels. De plus, le fait que les comptes de taxes de M. Marcotte pour les trois années en cause totalisent environ 6 000 \$ démontre qu'il aurait fallu un contribuable bien nanti et bien décidé pour contester seul les actions de la municipalité. Nous sommes clairement en présence d'un cas où l'accès à la justice est facilité par l'exercice d'un recours collectif.

(4) L'alinéa 1003d) C.p.c. : Le représentant est-il en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres?

[128] Comme pour la première condition, les juridictions inférieures n'ont pas fait de la capacité des appelants de représenter adéquatement les groupes respectifs un motif de rejet des requêtes et Longueuil ne soulève aucune contestation à l'égard de cette condition. Par ailleurs, les appelants ont démontré qu'ils sont en mesure d'assurer une représentation adéquate. En conséquence, je suis d'avis que cette condition est remplie.

V. Conclusion

[129] Grand cas est fait du principe de la proportionnalité. Ce principe a été adopté dans le but de faire en sorte que les actes de procédure choisis soient proportionnés à la nature, à la complexité et à la finalité des recours. Ce principe était considéré comme un moyen d'assurer un meilleur accès à la

that the principle is being relied on in the cases at bar to prevent class actions, as the class action itself is intended to enhance access to justice.

[130] In my opinion, although the application of art. 4.2 C.C.P. to certain of the conditions for authorizing a class action may in certain circumstances support the conclusion that a class action would be inconsistent with the principle of proportionality, that is not the case here. Rather, I find that the proposed actions meet all the conditions set out in the *Code of Civil Procedure*, and I would therefore allow the appeals and authorize the actions as conceived by the appellants, with costs throughout.

APPENDIX

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25

4.2. In any proceeding, the parties must ensure that the proceedings they choose are proportionate, in terms of the costs and time required, to the nature and ultimate purpose of the action or application and to the complexity of the dispute; the same applies to proceedings authorized or ordered by the judge.

1003. The court authorizes the bringing of the class action and ascribes the status of representative to the member it designates if of opinion that:

- (a) the recourses of the members raise identical, similar or related questions of law or fact;
- (b) the facts alleged seem to justify the conclusions sought;
- (c) the composition of the group makes the application of article 59 or 67 difficult or impracticable; and
- (d) the member to whom the court intends to ascribe the status of representative is in a position to represent the members adequately.

Charter of Ville de Longueuil, R.S.Q., c. C-11.3

5% increase.

87.1. The city may, for a fiscal year, fix any general property tax rate in such manner that, in relation to the preceding fiscal year, the increase in the tax burden

justice. Il est presque ironique qu'on l'invoque, en l'espèce, pour empêcher l'exercice de recours collectifs qui, eux-mêmes, se veulent des moyens de favoriser l'accès à la justice.

[130] À mon avis, si l'application de l'art. 4.2 C.p.c. à certaines des conditions d'autorisation du recours collectif permet en certaines circonstances de conclure que cette procédure ne respecte pas le principe de la proportionnalité, ce n'est pas le cas en l'espèce. J'estime plutôt que les recours projetés respectent toutes les conditions requises par le *Code de procédure civile* et, par conséquent, je suis d'avis d'accueillir les pourvois et d'autoriser les recours, tels que formulés par les appelants, le tout avec dépens devant toutes les cours.

ANNEXE

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25

4.2. Dans toute instance, les parties doivent s'assurer que les actes de procédure choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige; le juge doit faire de même à l'égard des actes de procédure qu'il autorise ou ordonne.

1003. Le tribunal autorise l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que :

- a) les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;
- b) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées;
- c) la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67; et que
- d) le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

Charte de la Ville de Longueuil, L.R.Q., ch. C-11.3

Fixation du taux de la taxe foncière.

87.1. La ville peut, pour un exercice financier, fixer tout taux de la taxe foncière générale de façon que, par rapport à l'exercice précédent, l'augmentation du

borne by the aggregate of the units of assessment situated in a sector and in respect of which all or part of the rate applies is not greater than 5%.

Tax burden.

The tax burden shall consist of

(1) the revenues derived from the general property tax which result from the application of all or part of a rate of that tax;

(2) the revenues derived from other taxes, including the taxes imposed on the basis of the rental value of immovables and compensations considered by the applicable legislation to be taxes, in particular the taxes used to finance services such as the supply of drinking water, waste water purification, snow removal, waste disposal, and residual materials upgrading;

(2.1) the revenues considered in establishing the aggregate taxation rate and derived from compensations and modes of tariffing not referred to in subparagraph 2;

(3) the revenues derived from the amounts to stand in lieu of taxes that must be paid in respect of immovables by the Government in accordance with the second paragraph of section 210 of the Act respecting municipal taxation (chapter F-2.1) or by the Government in accordance with section 254 and the first paragraph of section 255 of that Act, or by the Crown in right of Canada or by one of its mandataries;

(4) the revenues of which the city has deprived itself by granting a credit in respect of any of the sources of revenue referred to in any of subparagraphs 1 to 3, for the application of section 8 as regards the allocation of the credit from a surplus.

Exclusion.

However, the revenues referred to in the second paragraph which are used to finance expenditures relating to debts shall be excluded from the tax burden.

“immovables”.

For the purposes of subparagraphs 2 and 3 of the second paragraph, the word “immovables” means business establishments when the business tax or the amount standing in lieu thereof is involved.

5% increase.

87.2. The city may, for a fiscal year, fix the rate of the business tax in such manner that, in relation to

fardeau fiscal supporté par l'ensemble des unités d'évaluation situées dans un secteur et à l'égard desquelles s'applique tout ou partie du taux ne soit pas supérieure à 5 %.

Fardeau fiscal.

Le fardeau fiscal est constitué :

1° des revenus provenant de la taxe foncière générale qui découlent de l'application de tout ou partie d'un taux de celle-ci;

2° des revenus provenant d'autres taxes, y compris de celles qui sont imposées en fonction de la valeur locative des immeubles et de compensations assimilées par la loi à des taxes, notamment de celles qui servent à financer des services comme l'alimentation en eau potable, l'assainissement des eaux usées, l'enlèvement de la neige, l'élimination des déchets et la mise en valeur des matières résiduelles;

2.1° des revenus pris en considération dans l'établissement du taux global de taxation et provenant de compensations et de modes de tarification que ne vise pas le paragraphe 2°;

3° des revenus provenant des sommes tenant lieu de taxes qui doivent être versées à l'égard d'immeubles, soit par le gouvernement conformément au deuxième alinéa de l'article 210 de la Loi sur la fiscalité municipale (chapitre F-2.1), soit par le gouvernement conformément à l'article 254 et au premier alinéa de l'article 255 de cette loi, soit par la Couronne du chef du Canada ou l'un de ses mandataires;

4° des revenus dont la ville s'est privée en accordant un crédit, à l'égard de toute source de revenus visée à l'un des paragraphes 1° à 3°, pour donner application à l'article 8 quant à l'attribution du bénéfice d'un surplus.

Exclusion.

Toutefois, les revenus visés au deuxième alinéa qui servent à financer des dépenses relatives à des dettes sont exclus du fardeau fiscal.

« immeubles ».

Pour l'application des paragraphes 2° et 3° du deuxième alinéa, le mot « immeubles » signifie les établissements d'entreprise dans le cas où la taxe d'affaires ou la somme qui en tient lieu est visée.

Fixation du taux de la taxe d'affaires.

87.2. La ville peut, pour un exercice financier, fixer le taux de la taxe d'affaires de façon que, par rapport à

the preceding fiscal year, the increase in the revenues derived from that tax in respect of all the business establishments situated in a sector is not greater than 5%.

Amounts in lieu of tax.

The revenues derived from the amounts to stand in lieu of the business tax that must be paid by the Government in accordance with the second paragraph of section 210 or the second paragraph of section 254 and the first paragraph of section 255 of the Act respecting municipal taxation (chapter F-2.1), or that must be paid by the Crown in right of Canada or one of its mandataries, shall be included in those revenues.

Rules on source of increase.

87.5. If the city avails itself of any of the powers provided for in sections 87.1 and 87.2, it shall, subject to any regulation under the second paragraph, prescribe the rules to determine whether the increase under that section results solely from the constitution of the city and, if not, to establish the part resulting from the constitution.

Regulation.

The Government may, by regulation, determine the only cases in which an increase is deemed not to result from the constitution of the city.

135. Sections 86 to 88.6 have effect until 31 December 2021.

Appeals dismissed with costs, MCLACHLIN C.J. and BINNIE, DESCHAMPS and CROMWELL JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Borden Ladner Gervais, Montréal.

Solicitors for the respondent: Montgrain Gibeau, Longueuil.

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

l'exercice précédent, l'augmentation des revenus provenant de cette taxe à l'égard de l'ensemble des établissements d'entreprise situés dans un secteur ne soit pas supérieure à 5 %.

Revenus.

Sont compris dans ces revenus ceux qui proviennent des sommes tenant lieu de la taxe d'affaires qui doivent être versées par le gouvernement conformément, soit au deuxième alinéa de l'article 210 de la Loi sur la fiscalité municipale (chapitre F-2.1), soit au deuxième alinéa de l'article 254 et au premier alinéa de l'article 255 de cette loi ou qui doivent être versées par la Couronne du chef du Canada ou l'un de ses mandataires.

Règles déterminant l'origine.

87.5. Si elle se prévaut de l'un ou l'autre des pouvoirs prévus aux articles 87.1 et 87.2, la ville doit, sous réserve de tout règlement pris en vertu du deuxième alinéa, prévoir les règles qui permettent de déterminer si l'augmentation visée à cet article découle uniquement de la constitution de la ville et, dans le cas contraire, d'établir la partie d'augmentation qui découle de cette constitution.

Cas d'augmentation.

Le gouvernement peut, par règlement, prévoir les seuls cas d'augmentation qui sont réputés ne pas découler de la constitution de la ville.

135. Les articles 86 à 88.6 ont effet jusqu'au 31 décembre 2021.

Pourvois rejetés avec dépens, la juge en chef MCLACHLIN et les juges BINNIE, DESCHAMPS et CROMWELL sont dissidents.

Procureurs des appelants: Borden Ladner Gervais, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Montgrain Gibeau, Longueuil.

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

Jon Breslaw *Appellant*

v.

City of Montreal *Respondent*

INDEXED AS: BRESLAW v. MONTREAL (CITY)

Neutral citation: 2009 SCC 44.

File No.: 32369.

2009: January 19; 2009: October 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil procedure — Class action — Conditions for authorizing action — Application for authorization to institute class action in order to seek declaration that municipal by-law imposing property taxes are null and claim refund of tax overpayments — Whether class action should be authorized — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 1003.

After the amalgamation of the municipalities on the island of Montréal, the *Charter of Ville de Montréal* provided, in order to gradually achieve equality in taxation among the amalgamated sectors, for a ceiling on yearly increases in the tax burden of the aggregate of the units of assessment in each sector. B, a resident of one of the amalgamated sectors that has since regained its autonomy, argued that the increases in the property tax in 2004 and 2005 exceeded the 5% ceiling in many sectors of Montréal. He applied for authorization to institute a class action on behalf of those affected by the excessive increase in which he intended to seek declarations that the municipal by-laws concerning the tax burden were null and that the by-laws concerning taxes were “inconsistent” with s. 150.1 of the Charter, and to ask for a refund of the property tax overpayments. The Superior Court denied the requested authorization on the basis that the facts alleged did not seem to justify the conclusions sought (art. 1003(b) C.C.P.). The Court of Appeal affirmed that judgment.

Held: The appeal should be dismissed.

Per LeBel, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.: The facts alleged by B do not seem to justify the conclusions being sought, as the motion for authorization

Jon Breslaw *Appellant*

c.

Ville de Montréal *Intimée*

RÉPERTORIÉ : BRESLAW c. MONTRÉAL (VILLE)

Référence neutre : 2009 CSC 44.

N° du greffe : 32369.

2009 : 19 janvier; 2009 : 8 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Procédure civile — Recours collectif — Conditions d'ouverture du recours — Demande d'autorisation pour intenter un recours collectif pour faire invalider un règlement municipal imposant des taxes foncières et pour réclamer le remboursement des taxes payées en trop — Le recours collectif doit-il être autorisé? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 1003.

Depuis la fusion municipale survenue dans l'île de Montréal, la *Charte de la Ville de Montréal* prévoit, afin de réaliser graduellement l'égalité fiscale entre les secteurs fusionnés, un plafonnement annuel des augmentations du fardeau fiscal de l'ensemble des unités d'évaluation de chaque secteur. Résident de l'un des secteurs fusionnés qui a désormais retrouvé son autonomie, B soutient qu'en 2004 et 2005, l'augmentation de la taxe foncière aurait dépassé le plafond de 5 % dans un grand nombre de secteurs de Montréal. Il demande l'autorisation d'instituer un recours collectif pour les victimes de ce dépassement dans lequel il entend réclamer l'invalidation des règlements municipaux sur le fardeau fiscal, demander que les règlements sur les taxes foncières soient déclarés « non conformes » à l'art. 150.1 de la Charte, et réclamer le remboursement des impôts fonciers payés en trop. La Cour supérieure refuse l'autorisation demandée au motif que les faits allégués ne paraissent pas justifier les conclusions recherchées (al. 1003b) C.p.c.). La Cour d'appel confirme le jugement.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les juges LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein : Les faits allégués par B ne paraissent pas justifier les conclusions recherchées, car la requête en autorisation

does not contain executory conclusions. A declaration of inconsistency would not give rise at this point to a liquid and exigible claim for the members of the group. Such a claim could only be established at the end of a new fiscal and budgetary exercise. Finally, the composition of the group presents the same difficulties as in the context of an action for declarations that municipal by-laws are null. [5] [8-9]

Per McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Cromwell JJ.: It can be seen from the Superior Court judge's reasons that he exercised his discretion under the C.C.P. to determine whether the action should be authorized and decided that the conclusion being sought did not flow from the alleged facts. This main reason was sufficient to justify a refusal to authorize a class action. If a public body acts outside the limits imposed by its enabling statute, the unavoidable consequence is that its act is null. But if the act is not declared to be null, it is presumed to be valid and its requirements must be satisfied. The taxes were imposed under provisions B was not asking the court to quash. A simple declaration of inconsistency would therefore not be a sufficient basis for granting a partial refund. If B's argument were accepted, the judge would have to supplant the city, and indeed the government, in order to establish a lawful tax amount. That is not a matter for the courts. [11] [15] [23-28]

However, the judge at first instance erred in asserting that an individual action could have the same result as a class action, since success in an individual action does not apply in respect of all the other ratepayers where a monetary remedy is sought. In addition, a class action averts the need to bring thousands of individual actions. Finally, the discretion referred to in art. 4.2 C.C.P. is exercised in the course of the analysis of the four conditions for authorization set out in art. 1003 C.C.P. and cannot be regarded as a fifth condition for authorization of a class action. [22] [27]

Cases Cited

By LeBel J.

Referred to: *Marcotte v. Longueuil (City)*, 2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65, aff'g 2007 QCCA 866, [2007] R.J.Q. 1467.

By Deschamps J.

Referred to: *Marcotte v. Longueuil (City)*, 2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65; *Francaeur v. Municipalité régionale de comté d'Acton*, [1985] R.D.J. 511; *Comité de citoyens et d'action municipale de St-Césaire v. Ville*

ne comporte pas de conclusions exécutoires. Une déclaration de non-conformité ne ferait pas naître à cette étape une créance liquide et exigible en faveur des membres du groupe. L'établissement de celle-ci ne deviendrait possible qu'à l'issue d'un nouvel exercice fiscal et budgétaire. Enfin, la composition du groupe soulève les mêmes difficultés que dans le contexte d'un recours en nullité de règlements municipaux. [5] [8-9]

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps et Cromwell : L'examen des motifs du juge de la Cour supérieure indique qu'il a fait usage du pouvoir d'appréciation que lui confère le C.p.c. pour déterminer si le recours devait être autorisé et a décidé que la conclusion recherchée ne découlait pas des faits allégués. Ce motif principal suffisait pour justifier le refus de l'autorisation. Si un organisme public n'agit pas dans les limites prescrites par la loi habilitante, la conséquence inéluctable est la nullité de l'acte qu'il a accompli. Cependant, tant et aussi longtemps que l'acte n'est pas annulé, il est présumé valide et ses prescriptions doivent être respectées. Or, les taxes ont été imposées en vertu de dispositions dont B ne demande pas l'annulation. Une simple déclaration de non-conformité ne permettait donc pas d'accorder un remboursement partiel. Retenir l'argument de B impliquerait que le juge devrait se substituer à la ville, voire au gouvernement, et établir un montant de taxe conforme à la loi. Une telle mesure n'est pas du ressort des tribunaux. [11] [15] [23-28]

Toutefois, le juge de première instance a fait erreur en affirmant que le recours individuel permettait d'atteindre le même résultat qu'un recours collectif, car le succès d'un recours individuel ne vaut pas pour tous les autres contribuables lorsqu'une demande pécuniaire est présentée. De plus, le recours collectif évite des milliers de recours individuels. Enfin, le pouvoir discrétionnaire auquel réfère l'art. 4.2 C.p.c. s'intègre à l'analyse des quatre conditions d'exercice prévues par l'art. 1003 C.p.c. et ne peut être considéré comme une cinquième condition à l'exercice d'un recours collectif. [22] [27]

Jurisprudence

Citée par le juge LeBel

Arrêt mentionné : *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65, conf. 2007 QCCA 866, [2007] R.J.Q. 1467.

Citée par la juge Deschamps

Arrêts mentionnés : *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65; *Francaeur c. Municipalité régionale de comté d'Acton*, [1985] R.D.J. 511; *Comité de citoyens et d'action municipale*

de St-Césaire, [1986] R.J.Q. 1061; *Gravel v. Corporation municipale de la paroisse de La Plaine*, [1988] R.D.J. 60; *Bouchard v. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349; *Hoffmann — La Roche v. Secretary of State for Trade and Industry*, [1974] 2 All E.R. 1128; *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392.

Statutes and Regulations Cited

Act to reform the municipal territorial organization of the metropolitan regions of Montréal, Québec and the Outaouais, S.Q. 2000, c. 56, s. 1.
By-law concerning taxes (fiscal 2004), City of Montréal, No. 03-201, s. 3.
By-law concerning taxes (fiscal 2005), City of Montréal, No. 04-166, s. 3.
By-law concerning the tax burden (fiscal 2004), City of Montréal, No. 03-204, s. 2.
By-law concerning the tax burden (fiscal 2005), City of Montréal, No. 04-169, s. 2.
Charter of Ville de Montréal, R.S.Q., c. C-11.4, ss. 5, 150.1, 150.4, 150.5.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, ss. 4.2, 59, 67, 1003, 1005.

Authors Cited

Pépin, Gilles, et Yvon Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1982.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Nuss, Morissette and Côté JJ.A.), 2007 QCCA 1542, [2007] Q.J. No. 12620 (QL), 2007 CarswellQue 10170, affirming a decision by Lacoursière J., 2006 QCCS 5503, [2007] R.J.Q. 318, [2006] Q.J. No. 13747 (QL). Appeal dismissed.

Douglas C. Mitchell and Katheryne A. Desfossés, for the appellant.

André Durocher, Véronique Belpaire and Annie Gerbeau, for the respondent.

English version of the judgment of LeBel, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ. delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] In this appeal, as in the cases of *Marcotte v. Longueuil (City)* and *Usinage Pouliot Inc. v. Longueuil (City)*, 2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65,

de St-Césaire c. Ville de St-Césaire, [1986] R.J.Q. 1061; *Gravel c. Corporation municipale de la paroisse de La Plaine*, [1988] R.D.J. 60; *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349; *Hoffmann — La Roche c. Secretary of State for Trade and Industry*, [1974] 2 All E.R. 1128; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392.

Lois et règlements cités

Charte de la Ville de Montréal, L.R.Q., ch. C-11.4, art. 5, 150.1, 150.4, 150.5.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 4.2, 59, 67, 1003, 1005.
Loi portant réforme de l'organisation territoriale municipale des régions métropolitaines de Montréal, de Québec et de l'Outaouais, L.Q. 2000, ch. 56, art. 1.
Règlement relatif au fardeau fiscal (exercice financier 2004), Ville de Montréal, n^o 03-204, art. 2.
Règlement relatif au fardeau fiscal (exercice financier 2005), Ville de Montréal, n^o 04-169, art. 2.
Règlement sur les taxes (exercice financier 2004), Ville de Montréal, n^o 03-201, art. 3.
Règlement sur les taxes (exercice financier 2005), Ville de Montréal, n^o 04-166, art. 3.

Doctrine citée

Pépin, Gilles, et Yvon Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1982.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Nuss, Morissette et Côté), 2007 QCCA 1542, [2007] Q.J. No. 12620 (QL), 2007 CarswellQue 10170, qui a confirmé une décision du juge Lacoursière, 2006 QCCS 5503, [2007] R.J.Q. 318, [2006] J.Q. n^o 13747 (QL). Pourvoi rejeté.

Douglas C. Mitchell et Katheryne A. Desfossés, pour l'appelant.

André Durocher, Véronique Belpaire et Annie Gerbeau, pour l'intimée.

Le jugement des juges LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] Dans cet appel, comme dans les dossiers *Marcotte c. Longueuil (Ville)* et *Usinage Pouliot Inc. c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3

this Court must consider some of the legal issues raised by the forced amalgamations of Quebec municipalities that took place in the early 2000s. The amalgamation process had a significant impact on the island of Montréal. For a few years, all the municipalities on the island were amalgamated and the island consisted of a single city known as Ville de Montréal. The new city comprised all the municipalities existing on the island up to that time, together with the Communauté urbaine de Montréal (*Act to reform the municipal territorial organization of the metropolitan regions of Montréal, Québec and the Outaouais*, S.Q. 2000, c. 56, s. 1; *Charter of Ville de Montréal*, R.S.Q., c. C-11.4, s. 5). After the events that gave rise to this dispute, the new City of Montréal was partially dissolved, and some of the municipalities that had been amalgamated were reconstituted.

[2] The issue now before this Court emerged before this partial dissolution. It stems from reforms to the tax systems of the amalgamated municipalities. The legislature wanted to gradually achieve equality in taxation among the amalgamated sectors of the new City of Montréal over a period of 20 years. During this transitional period, the *Charter of Ville de Montréal* provided for a ceiling, in each sector corresponding to the territory of one of the amalgamated municipalities, on yearly increases in the tax burden of the aggregate of the units of assessment. This ceiling applied, *inter alia*, to the revenues derived from the general property tax:

150.1. The city may, for a fiscal year, fix any general property tax rate in such manner that, in relation to the preceding fiscal year, the increase in the tax burden borne by the aggregate of the units of assessment situated in a sector and in respect of which all or part of the rate applies is not greater than 5%.

This provision is similar to the ones in issue in *Marcotte* and *Usinage Pouliot*. The appellant submits that the city has violated it.

II. Origin of the Case

[3] The appellant, Jon Breslaw, a resident of the City of Westmount — which became one of the sectors of the City of Montréal and has since regained

R.C.S. 65, notre Cour doit examiner certains des problèmes juridiques causés par l'opération de fusions forcées qui a touché les municipalités du Québec au début de la décennie 2000. Cette opération a eu un impact considérable dans l'île de Montréal. Pendant quelques années, toutes les municipalités qui s'y trouvaient ont été fusionnées et l'île est devenue une ville, la Ville de Montréal. Cette ville nouvelle regroupait toutes les municipalités qui existaient jusqu'alors ainsi que la Communauté urbaine de Montréal (*Loi portant réforme de l'organisation territoriale municipale des régions métropolitaines de Montréal, de Québec et de l'Outaouais*, L.Q. 2000, ch. 56, art. 1; *Charte de la Ville de Montréal*, L.R.Q., ch. C-11.4, art. 5). Après les faits qui sont à l'origine du litige, une dissolution partielle de la nouvelle Ville de Montréal est survenue et certaines des municipalités fusionnées ont été reconstituées.

[2] Avant cette dissolution partielle, le problème dont notre Cour est saisie s'est fait jour. Il résulte des réaménagements du régime fiscal des municipalités fusionnées. Le législateur souhaitait réaliser graduellement l'égalité fiscale entre les secteurs fusionnés de la nouvelle Ville de Montréal sur une période de 20 ans. Au cours de cette période intermédiaire, la *Charte de la Ville de Montréal* prévoyait un plafonnement annuel des augmentations du fardeau fiscal de l'ensemble des unités d'évaluation de chaque secteur correspondant au territoire de l'une des municipalités fusionnées. Ce plafonnement s'appliquait notamment au rendement de la taxe foncière générale :

150.1. La ville peut, pour un exercice financier, fixer tout taux de la taxe foncière générale de façon que, par rapport à l'exercice précédent, l'augmentation du fardeau fiscal supporté par l'ensemble des unités d'évaluation situées dans un secteur et à l'égard desquelles s'applique tout ou partie du taux ne soit pas supérieure à 5 %.

Cette disposition est semblable à celles qui s'appliquent dans les dossiers *Marcotte* et *Usinage Pouliot*. L'appellant soutient que la ville y a contrevenu.

II. Origine du litige

[3] Résident de la Ville de Westmount — qui devint l'un des secteurs de la Ville de Montréal et qui a maintenant retrouvé son autonomie —, l'appellant

its autonomy — contested the respondent's application of s. 150.1 in the 2004 and 2005 fiscal years. In his opinion, the increases in the property tax for those years had exceeded the 5% ceiling in many sectors of Montréal. He accordingly applied for authorization to institute a class action on behalf of those affected by the excessive increase. According to Mr. Breslaw's original motion for authorization, the group would comprise all residents of those sectors where the property tax increase had allegedly exceeded the legal maximum. In his conclusions, he asked for the municipal by-law concerning the tax burden for 2004 to be quashed, for a declaration that increases in the tax burden of units of assessment that exceeded the 5% maximum were null, and for an order that the city refund the group's members for property tax overpayments in 2004 and 2005.

[4] At the time of presentation of the motion for authorization of the class action, significant amendments authorized by the Superior Court were made to the description of the group and to the conclusions. First of all, the amendments included a more precise description of the sectors concerned and limited the group to ratepayers in the 15 sectors of the city where the increase in the general property tax had allegedly exceeded 5% in 2004 and/or 2005. Next, in addition to seeking a declaration that the municipal by-law concerning the tax burden was null, the appellant asked in his motion that the by-law concerning taxes be declared to be [TRANSLATION] "inconsistent" with s. 150.1 of the *Charter of Ville de Montréal*. Finally, in his conclusions, the appellant asked for a refund of the property tax overpayments. In this respect, his conclusions differ substantially from those of the appellants in *Marcotte* and *Usinage Pouliot*, who would ask the court to quash the by-laws authorizing the collection of the taxes and to order that the taxes collected in the sectors at issue be refunded in full.

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court*

[5] Lacoursière J. dismissed Mr. Breslaw's motion for authorization to institute a class action:

Jon Breslaw a contesté la régularité de l'application de l'art. 150.1 par l'intimée au cours de ses exercices financiers 2004 et 2005. Selon ses prétentions, l'augmentation de la taxe foncière aurait alors dépassé le plafond de 5 % dans un grand nombre de secteurs de Montréal. Sur cette base, il a demandé l'autorisation d'instituer un recours collectif pour les victimes de ce dépassement. Dans sa rédaction originale, la requête en autorisation de M. Breslaw visait un groupe composé de tous les résidents des secteurs où l'augmentation de la taxe foncière aurait dépassé le maximum légal. Ses conclusions demandaient l'annulation du règlement municipal relatif au fardeau fiscal pour 2004, une déclaration d'invalidité de l'augmentation du fardeau fiscal des unités d'évaluation au-dessus du maximum de 5 % et le remboursement aux membres du groupe, par la ville, des impôts fonciers payés en trop au cours des années 2004 et 2005.

[4] Des modifications substantielles autorisées par la Cour supérieure ont été apportées à la description du groupe visé et aux conclusions recherchées, au moment de la présentation de la requête pour autorisation du recours collectif. D'abord, ces modifications ont identifié plus précisément les secteurs visés et limité le groupe aux contribuables des 15 secteurs de la ville où l'augmentation de la taxe foncière générale aurait excédé 5 % pour les exercices 2004 et/ou 2005. Ensuite, en plus de réclamer l'invalidation du règlement municipal sur le fardeau fiscal, la requête demandait que le règlement sur les taxes soit déclaré « non conforme » à l'art. 150.1 de la *Charte de la Ville de Montréal*. Enfin, la requête concluait au remboursement des impôts fonciers payés en trop. Ses conclusions se distinguent nettement, à cet égard, de celles proposées par les appellants dans les affaires *Marcotte* et *Usinage Pouliot*, qui demandaient la nullité des règlements autorisant le prélèvement des taxes et le remboursement complet de celles-ci dans les secteurs visés par les recours.

III. L'historique judiciaire

A. *La Cour supérieure du Québec*

[5] Le juge Lacoursière a refusé à M. Breslaw l'autorisation d'exercer un recours collectif : 2006

2006 QCCS 5503, [2006] Q.J. No. 13747 (QL). In his view, according to what he considered to be a well-established line of authority and to the very words of Quebec's *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, his role at the authorization stage was limited to determining whether the motion met the four conditions set out in art. 1003 of the Code. He held that, although the motion did meet the other requirements of art. 1003, it was inconsistent with art. 1003(b), as the facts alleged did not seem to justify the conclusions sought. In other words, Mr. Breslaw had not made out a *prima facie* case, as required by the *Code of Civil Procedure*. In Lacoursière J.'s opinion, Mr. Breslaw's reasoning did not lead to a refund of the property taxes (paras. 84-87). The declaration of inconsistency he sought could not place the city under an obligation to refund money to the group members. The judge stated that he could not on his own initiative amend so as to enhance the applicant's conclusions at the authorization stage (paras. 97-98). He added that in the circumstances, a class action did not offer more advantages than an individual action in nullity. On this point, he referred to the case law of the Quebec Court of Appeal, which I summarize in my reasons in *Marcotte* and *Usinage Pouliot*.

B. Quebec Court of Appeal (*Nuss, Morissette and Côté J.J.A.*)

[6] The Court of Appeal dismissed Mr. Breslaw's appeal: 2007 QCCA 1542, [2007] Q.J. No. 12620 (QL). It held that the principles enunciated in the judgment in *Marcotte v. Longueuil (Ville de)*, 2007 QCCA 866, [2007] R.J.Q. 1467, were dispositive of the appeal. A class action was not an option. Like the judge at first instance, the Court of Appeal noted that the conclusions being sought were not executory.

IV. Analysis

[7] The appeal raises questions similar to those I discuss in my reasons in *Marcotte* and *Usinage Pouliot*. The only difference is the appellant's

QCCS 5503, [2007] R.J.Q. 318. À son avis, selon une jurisprudence qu'il considérait comme bien établie et d'après le texte même du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25, son rôle se limitait, au stade de l'autorisation, à déterminer si la requête satisfaisait aux quatre conditions prévues par l'art. 1003 du Code. Après avoir conclu qu'elle répondait aux autres exigences de l'art. 1003, le premier juge a décidé que la requête ne respectait pas l'al. 1003b) en ce que les faits allégués ne paraissaient pas justifier les conclusions recherchées. En d'autres mots, M. Breslaw n'aurait pas établi l'apparence de droit exigée par le *Code de procédure civile*. Le juge Lacoursière a estimé que le raisonnement de M. Breslaw ne menait pas au remboursement des impôts fonciers (par. 84-87). En effet, la conclusion déclaratoire de non-conformité ne pouvait faire naître une obligation pour la ville de rembourser des sommes d'argent aux membres du groupe. Le juge a affirmé qu'il ne pouvait, au stade de l'autorisation, modifier de son propre chef les conclusions recherchées par le requérant pour les bonifier (par. 97-98). Il a alors ajouté que le recours collectif ne comportait pas, dans les circonstances, plus d'avantages qu'un recours individuel en nullité. Il a renvoyé à ce propos à la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec, que je résume dans les motifs déposés dans les affaires *Marcotte* et *Usinage Pouliot*.

B. La Cour d'appel du Québec (*les juges Nuss, Morissette et Côté*)

[6] La Cour d'appel a rejeté le pourvoi de M. Breslaw : 2007 QCCA 1542, [2007] Q.J. No. 12620 (QL). Son arrêt a conclu que les principes posés dans le jugement prononcé dans l'affaire *Marcotte c. Longueuil (Ville de)*, 2007 QCCA 866, [2007] R.J.Q. 1467, réglaient le sort de l'appel. Le recours collectif n'était pas disponible. Comme le premier juge, la Cour d'appel a noté que les conclusions recherchées n'avaient pas de caractère exécutoire.

IV. Analyse

[7] Le pourvoi soulève des questions similaires à celles que j'ai discutées dans mes motifs dans les affaires *Marcotte* et *Usinage Pouliot*. Seule la

request, in the conclusions he seeks in the motion for authorization, that the municipal by-laws imposing the property taxes be declared to be inconsistent with the *Charter of Ville de Montréal*.

[8] I acknowledge that the conclusions set out in the appellant's motion for authorization represent a serious — and interesting — effort to resolve the difficulties inherent in conclusions in which an applicant seeks simply to quash municipal tax by-laws and obtain a refund of the amounts collected under them. The appellant sought to introduce nuances into the conclusions so as to reflect the facts that only an overpayment was in issue and that the group members had received services from the city in exchange for their property taxes. Nevertheless, it seems to me that Lacoursière J. was correct in holding that the motion for authorization did not contain executory conclusions. This on its own would suffice to dispose of the appeal.

[9] Even so, I believe it will be helpful to refer also to my reasons in *Marcotte* and *Usinage Pouliot*. The composition of the group presents the same difficulties as in the context of an action for declarations that municipal by-laws are null. Also, the only possible result of a declaration of inconsistency would be to require the city to recalculate its budget and its taxes, including the amount of the property tax. The conclusions of inconsistency would not give rise at this point to a liquid and exigible claim. Such a claim could only be established at the end of a new fiscal and budgetary exercise.

V. Conclusion

[10] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

English version of the reasons of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Cromwell JJ. delivered by

[11] DESCHAMPS J. — This appeal raises the same question of law as *Marcotte v. Longueuil*

formulation des conclusions de la requête en autorisation diffère par sa demande de déclaration de non-conformité des règlements municipaux imposant les taxes foncières à la *Charte de la Ville de Montréal*.

[8] Je reconnais que la formulation des conclusions de l'appelant dans sa requête en autorisation représente un effort sérieux et intéressant pour tenter de régler les difficultés inhérentes à des conclusions réclamant l'annulation pure et simple de règlements municipaux imposant des taxes et le remboursement des sommes perçues sous leur autorité. Cette rédaction cherche à introduire des nuances qui reconnaissent que seul un trop perçu était en cause et que les membres du groupe avaient reçu des services de la ville en contrepartie de leurs taxes foncières. Néanmoins, l'opinion et les conclusions du juge Lacoursière me semblent bien fondées lorsqu'il décide que la requête en autorisation ne comporte pas de conclusions exécutoires. Ce motif seul suffirait à disposer du pourvoi.

[9] Néanmoins, je crois utile de renvoyer aussi à mes motifs dans les affaires *Marcotte* et *Usinage Pouliot*. En effet, la composition du groupe soulève les mêmes difficultés que dans le contexte d'un recours en nullité de règlements municipaux. Ensuite, une déclaration de non-conformité ne pourrait conduire qu'à l'imposition d'une obligation pour la ville de recalculer son budget et ses taxes, y compris le montant de l'impôt foncier. Les conclusions de non-conformité ne feraient pas naître à cette étape une créance liquide et exigible. L'établissement de celle-ci ne deviendrait possible qu'à l'issue d'un nouvel exercice fiscal et budgétaire.

V. Conclusion

[10] Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi avec dépens.

Les motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps et Cromwell ont été rendus par

[11] LA JUGE DESCHAMPS — Le présent pourvoi soulève la même question de droit que les affaires

(City) and *Usinage Pouliot Inc. v. Longueuil (City)*, 2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65. This Court must decide whether the courts may, in exercising their discretion to authorize or refuse to authorize a class action, grant municipalities immunity from the recovery of wrongfully collected taxes in light of the fact that the class action is intended to facilitate access to justice. In my reasons in *Marcotte* and *Usinage Pouliot*, I say that they may not. In the instant case, it can be seen from the Superior Court judge's reasons (2006 QCCS 5503, [2006] Q.J. No. 13747 (QL)) that he exercised his discretion under the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("C.C.P."), to determine whether the action should be authorized. He held that one of the conditions had not been met. It was only on an additional basis that he considered and accepted the argument, based on *Françœur v. Municipalité régionale de comté d'Acton*, [1985] R.D.J. 511 (C.A.), *Comité de citoyens et d'action municipale de St-Césaire v. Ville de St-Césaire*, [1986] R.J.Q. 1061 (C.A.), and *Gravel v. Corporation municipale de la paroisse de La Plaine*, [1988] R.D.J. 60 (C.A.), that the class action is not an "appropriate" procedure for seeking declarations that municipal by-laws are null. In the circumstances, it would be unwise to intervene. I would accordingly dismiss the appeal.

[12] As was the case for the City of Longueuil, the amendments to the *Charter of Ville de Montréal*, R.S.Q., c. C-11.4 (which came into force on January 1, 2002), resulted from the enactment of the *Act to reform the municipal territorial organization of the metropolitan regions of Montréal, Québec and the Outaouais*, S.Q. 2000, c. 56. Under that Act, the respondent, the City of Montréal ("Montréal"), replaced 28 municipalities, including Westmount, where Mr. Breslaw, the appellant in this appeal, resides. Like the appellants in *Marcotte* and *Usinage Pouliot*, Mr. Breslaw submits that the taxation power was not exercised lawfully. His action has a different basis, however.

[13] In his motion to institute proceedings in which he applied for authorization to bring a class

Marcotte c. Longueuil (Ville) et Usinage Pouliot Inc. c. Longueuil (Ville), 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65. La Cour doit décider si les tribunaux peuvent, en vertu de leur pouvoir discrétionnaire d'autoriser ou non un recours collectif, accorder aux municipalités l'immunité contre la répétition de taxes perçues sans droit, et ce, dans un contexte où le recours collectif constitue une mesure censée favoriser l'accès à la justice. Dans l'arrêt rendu dans les affaires *Marcotte* et *Usinage Pouliot*, je réponds négativement à cette question. En l'espèce, l'examen des motifs du juge de la Cour supérieure (2006 QCCS 5503, [2007] R.J.Q. 318) indique qu'il a fait usage du pouvoir d'appréciation que lui confère le *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« C.p.c. »), pour déterminer si le recours devait être autorisé. Il a conclu que l'une des conditions n'était pas remplie. Ce n'est que de façon additionnelle qu'il a considéré et retenu l'argument d'autorité, fondé sur les arrêts *Françœur c. Municipalité régionale de comté d'Acton*, [1985] R.D.J. 511 (C.A.), *Comité de citoyens et d'action municipale de St-Césaire c. Ville de St-Césaire*, [1986] R.J.Q. 1061 (C.A.), et *Gravel c. Corporation municipale de la paroisse de La Plaine*, [1988] R.D.J. 60 (C.A.), et voulant que le recours collectif n'est pas une procédure « appropriée » pour demander l'annulation de règlements municipaux. Dans ces circonstances, il ne serait pas judicieux d'intervenir. Pour cette raison, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

[12] Comme pour la Ville de Longueuil, les modifications à la *Charte de la Ville de Montréal*, L.R.Q., ch. C-11.4 (en vigueur le 1^{er} janvier 2002), résultent de l'adoption de la *Loi portant réforme de l'organisation territoriale municipale des régions métropolitaines de Montréal, de Québec et de l'Outaouais*, L.Q. 2000, ch. 56. Suivant cette loi, l'intimée Ville de Montréal (« Montréal ») succède à 28 municipalités, dont Westmount où réside M. Breslaw, appelant au présent pourvoi. À l'instar des appelants dans les affaires *Marcotte* et *Usinage Pouliot*, M. Breslaw prétend que le pouvoir de taxation n'a pas été exercé conformément à la loi. Le fondement de sa demande diffère cependant.

[13] Dans sa requête introductive d'instance sollicitant l'autorisation d'exercer un recours collectif,

action, Mr. Breslaw submitted that certain by-laws concerning the tax burden were *ultra vires*. According to s. 150.1 of the *Charter of Ville de Montréal*, Montréal may increase the property tax rate for a sector only if the increase in the tax burden does not exceed 5%. Section 150.4 provides that where a tax increase in relation to the preceding fiscal year does not result solely from the constitution of the new city, the 5% maximum applies only in respect of the part of the increase that does result from its constitution. And s. 150.5, para. 2, provides that the government may, by regulation, determine the only cases in which an increase is deemed not to result from the constitution of the new city.

[14] Montréal adopted By-law No. 03-204, the *By-law concerning the tax burden (fiscal 2004)*, and By-law No. 04-169, the *By-law concerning the tax burden (fiscal 2005)*; in each of them, s. 2 identifies the expenditures that result from the constitution of the new city and those that are not included in the calculation of the ceiling set in s. 150.1. Mr. Breslaw argued that s. 2 of each of these by-laws was *ultra vires*, because only the government could determine which increases were related to the constitution of the new city. Thus, although the increase in the tax burden appeared to be consistent with s. 150.1 because it was less than 5%, in reality it was not consistent with that section, because Montréal had made adjustments that it did not have the authority to make. The appellant accordingly asked for a declaration that the provisions in question were null and for a refund of the taxes paid in excess — if the city's adjustments were disregarded — of the 5% limit.

[15] At first instance, Montréal submitted that even though Mr. Breslaw's argument was valid, the conclusion he sought did not flow from the alleged facts, because the taxes had been imposed not under the by-laws concerning the tax burden, but under provisions he was not asking the court to quash, namely s. 3 of the *By-law concerning taxes (fiscal 2004)*, No. 03-201, and s. 3 of the *By-law concerning taxes (fiscal 2005)*, No. 04-166. Absent a declaration that the provisions imposing the taxes were null, these provisions were valid. In response to this

M. Breslaw soutenait que certains règlements relatifs au fardeau fiscal étaient *ultra vires*. Selon l'art. 150.1 de la *Charte de la Ville de Montréal*, Montréal ne peut hausser la taxe foncière d'un secteur que si l'augmentation du fardeau fiscal ne dépasse pas 5%. L'article 150.4 prévoit que dans le cas où l'augmentation de taxes par rapport à l'exercice financier précédent ne découle pas uniquement de la constitution de la nouvelle ville, le maximum de 5% ne s'applique qu'à l'égard de la partie d'augmentation qui découle de la constitution de la ville. L'article 150.5, al. 2, prévoit que le gouvernement peut déterminer, par règlement, les seuls cas d'augmentation réputés ne pas découler de la constitution de la nouvelle ville.

[14] Montréal a adopté le *Règlement relatif au fardeau fiscal (exercice financier 2004)*, n° 03-204, et le *Règlement relatif au fardeau fiscal (exercice financier 2005)*, n° 04-169, qui, à leur art. 2, déterminent les dépenses qui découlent de la constitution de la nouvelle ville et celles qui ne sont pas incluses dans le calcul du plafond fixé par l'art. 150.1. Monsieur Breslaw prétendait cependant que l'art. 2 de chacun de ces règlements étaient *ultra vires*, parce que seul le gouvernement pouvait déterminer les augmentations liées à la constitution de la nouvelle ville. Ainsi, bien qu'en apparence conforme à l'art. 150.1 car inférieure à 5%, l'augmentation du fardeau fiscal ne le serait pas réellement en raison d'ajustements faits sans compétence par Montréal. L'appelant demandait en conséquence l'annulation des dispositions en cause et le remboursement des taxes payées en sus de la limite de 5%, compte non tenu des ajustements prescrits par la ville.

[15] En première instance, Montréal a soutenu que, même si l'argument de M. Breslaw était fondé, la conclusion recherchée ne découlait pas des faits allégués par celui-ci, car les taxes avaient été imposées, non pas en vertu des règlements relatifs au fardeau fiscal, mais en vertu de dispositions dont il ne demandait pas l'annulation, soit les art. 3 du *Règlement sur les taxes (exercice financier 2004)*, n° 03-201, et du *Règlement sur les taxes (exercice financier 2005)*, n° 04-166. Par conséquent, en l'absence d'une déclaration annulant les dispositions

argument by Montréal, Mr. Breslaw amended his pleadings. But instead of seeking a declaration that the by-laws concerning taxes were null, he asked for a declaration that the provisions authorizing Montréal to collect the taxes were [TRANSLATION] “inconsistent” with s. 150.5 of the *Charter of Ville de Montréal*. He requested, for each of the members of the proposed class action group, a refund of the property tax overpayments, as opposed to a full refund of all property taxes paid. In his own case, the amounts in issue were \$560 for 2004 and \$753 for 2005.

[16] Thus, Mr. Breslaw’s action is different from those of the appellants in *Marcotte* and *Usinage Pouliot*, not only because the legal basis for the excess of jurisdiction is not the same, but also because Mr. Breslaw is asking neither that the by-laws imposing the taxes be quashed nor that all the taxes paid be refunded. Moreover, whereas in *Marcotte* and *Usinage Pouliot* neither the Superior Court nor the Court of Appeal considered in detail the conditions set out in art. 1003 C.C.P. for authorizing the institution of a class action, in the instant case, Lacoursière J., the Superior Court judge, reviewed those conditions as well as the scope and timing of the exercise of his discretion in this regard.

[17] On the basis of the comments of Pelletier J.A. in *Bouchard v. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349, Lacoursière J. held that his discretion had to be exercised while reviewing each of the four conditions set out in the *Code of Civil Procedure* and not as a distinct preliminary stage. Although he did not explicitly mention art. 4.2 C.C.P., there is no question that the discretion he referred to was the one provided for there, since Pelletier J.A. himself had mentioned it in *Agropur*. Lacoursière J. then reviewed the conditions for authorizing a class action. He found that the questions of law or fact were sufficiently identical, similar or related; that the composition of the group made the application of art. 59 or 67 C.C.P. impracticable; and that the proposed representative was in a position to represent the members of

prévoyant l’établissement des taxes, ces dernières étaient valides. En réponse à cet argument de Montréal, M. Breslaw a modifié ses allégations. Sans conclure à l’annulation des règlements sur les taxes, M. Breslaw a demandé que les dispositions autorisant Montréal à percevoir les taxes soient déclarées « non conformes » à l’art. 150.5 de la *Charte de la Ville de Montréal*. Il a demandé, pour chacun des membres du recours collectif projeté, le remboursement des sommes payées en trop au titre des impôts fonciers plutôt que le remboursement intégral des impôts fonciers payés. Pour ce qui le concerne, les sommes en jeu seraient 560 \$ pour l’année 2004 et 753 \$ pour l’année 2005.

[16] Le recours de M. Breslaw diffère donc de celui des appelants dans les dossiers *Marcotte* et *Usinage Pouliot*, non seulement parce que le fondement juridique de l’excès de compétence n’est pas le même, mais aussi parce que M. Breslaw ne demande ni l’annulation des règlements imposant les taxes, ni le remboursement de toutes les taxes payées. De plus, alors que dans les affaires *Marcotte* et *Usinage Pouliot*, ni la Cour supérieure ni la Cour d’appel n’ont évalué en détail les conditions d’exercice du recours collectif prévues à l’art. 1003 C.p.c., dans le présent cas, le juge Lacoursière de la Cour supérieure a analysé à la fois ces conditions et la portée et le moment d’exercice de son pouvoir discrétionnaire en la matière.

[17] S’appuyant sur les propos du juge Pelletier dans *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349, le juge Lacoursière conclut que son pouvoir discrétionnaire doit être exercé dans le contexte de l’évaluation de chacune des quatre conditions prévues par le *Code de procédure civile*, et non de manière distincte et préliminaire. Bien que le juge Lacoursière ne mentionne pas expressément l’art. 4.2 C.p.c., il ne fait pas de doute que le pouvoir dont il traite est celui auquel réfère cet article, puisque le juge Pelletier l’avait lui-même mentionné dans *Agropur*. Le juge Lacoursière analyse ensuite les conditions d’exercice du recours collectif. Il constate que les questions de droit ou de fait sont suffisamment identiques, similaires ou connexes, que la composition du groupe rend peu pratique l’application des

the group adequately. However, he found that the facts alleged did not seem to justify the conclusions sought.

[18] According to Lacoursière J., the facts alleged by Mr. Breslaw did not lead to the conclusion being sought: the refund of an overpayment. He saw this as a problem of legal logic. If a provision has not been adopted in conformity with its enabling statute but has not been declared to be null, this cannot then be remedied by a declaration of inconsistency. The judge rejected Mr. Breslaw's suggestion that the court could amend his conclusions to make them legally acceptable. In Lacoursière J.'s view, art. 1005 C.C.P., pursuant to which the judge may identify the conclusions sought, did not permit the court to substitute its own conclusions for those of the litigants:

[TRANSLATION] The article does not confer on the Court the discretion to substitute its own conclusion for the one explicitly set out on the application for authorization in order to further the remedy sought, which in the present case is a recovery of taxes.

This is all the more true since the conclusion that the Applicant asks the Court to reformulate, if appropriate, is the very legal basis of the monetary remedy he seeks, namely, the recovery of taxes. Finding that the Court has the power to reformulate this conclusion would be tantamount to distorting and altering the meaning of article 1003(b) [C.C.P.].

It is worth noting that the Applicant, who was ably represented, chose not to suggest an alternative formulation to the conclusion sought with respect to the Tax By-laws. The Court cannot do so in his place.

Consequently, the legal syllogism that the Applicant proposes, which is based on the alleged facts, does not justify the recovery of taxes, the remedy he seeks for the members of the group. [paras. 98-101]

[19] The judge added that [TRANSLATION] "the Court, . . . relying on its discretion in its analysis of the conditions set out in article 1003 C.C.P., is of the view that a class action is not an appropriate vehicle", because "[t]he recovery of taxes sought by the Applicant could easily be obtained through an individual action which concluded that

art. 59 et 67 C.p.c., et que le représentant proposé peut assurer adéquatement les intérêts des membres du groupe. Il conclut cependant que les faits allégués ne paraissent pas justifier les conclusions recherchées.

[18] Selon le juge Lacoursière, les faits allégués par M. Breslaw ne mènent pas à la conclusion recherchée, soit le remboursement d'un trop-payé. Le juge y voit un problème de logique juridique. Si une disposition n'a pas été adoptée en conformité avec la loi habilitante mais qu'elle n'est pas annulée, elle ne peut alors faire l'objet d'une déclaration de non-conformité. Il refuse la suggestion de M. Breslaw que le tribunal peut modifier ses conclusions pour les rendre juridiquement recevables. Selon le juge Lacoursière, l'art. 1005 C.p.c., qui autorise le tribunal à identifier les conclusions recherchées, ne lui permet pas de se substituer aux plaideurs :

Cet article ne confère pas au Tribunal une discrétion de substituer sa propre conclusion à celle précisément requise dans la requête pour autorisation, pour favoriser le but recherché, en l'occurrence une répétition de taxes.

Ceci est d'autant plus vrai que la conclusion que le requérant invite le Tribunal à reformuler, le cas échéant, est le fondement juridique même de la conclusion monétaire qu'il recherche, soit la répétition des taxes. Affirmer que le Tribunal peut reformuler cette conclusion équivaudrait à dénaturer l'article 1003 b) C.P.C. et à en altérer le sens.

Soulignons que le requérant, habilement représenté, a choisi de ne pas suggérer de formulation alternative à la conclusion recherchée relative aux règlements taxes. Le Tribunal ne saurait le faire à sa place.

En conséquence, l'examen du syllogisme juridique proposé par le requérant à partir des faits allégués ne justifie pas la répétition des taxes, remède qu'il recherche pour les membres du groupe. [par. 98-101]

[19] Le juge ajoute que, « s'autorisant de la discrétion dont il jouit dans l'appréciation des conditions de [l'art.] 1003 C.P.C., le Tribunal est d'avis que le recours collectif n'est pas le recours approprié », parce que « la répétition des taxes foncières que vise le requérant peut aisément résulter d'un recours individuel concluant à l'illégalité de la

the municipal by-law at the origin of the property tax was unlawful” (paras. 102-3). He accordingly dismissed the application.

[20] The Court of Appeal did not distinguish the instant case from *Marcotte*, and it referred to its reasons in that case (2007 QCCA 1542, [2007] Q.J. No. 12620 (QL)).

[21] Mr. Breslaw argues that whether his conclusions are appropriate should be determined at trial and not at the authorization stage. He submits that he limited his conclusions to a declaration of inconsistency because he wanted to suggest an approach that is tailored to the specific facts of the case and would make the recovery of taxes possible without having the perverse effect that would flow from a conclusion of nullity. In his submission, the argument that the by-law must be declared to be null before a declaration of inconsistency can be obtained is a “technical” one.

Analysis

[22] For the reasons I give in *Marcotte* and *Usinage Pouliot*, I agree with the Superior Court judge in the instant case as regards the timing and scope of the exercise of the discretion referred to in art. 4.2 C.C.P. This discretion is exercised in the course of the analysis of the four conditions for authorization set out in art. 1003 C.C.P. It cannot be regarded as a fifth condition for authorization of a class action. Article 4.2 C.C.P. does not establish a free-standing discretion. The discretion must be exercised in the context of the proceeding before the judge.

[23] I also agree with the Superior Court judge that the appellant’s legal syllogism is flawed. If a public body acts outside the limits imposed by its enabling statute, the unavoidable consequence is that its act is null. But if the act is not declared to be null, it is presumed to be valid and its requirements must be satisfied: G. Pépin and Y. Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2nd ed. 1982), at p. 280; *Hoffmann — La Roche v. Secretary of State for Trade and Industry*, [1974] 2 All E.R. 1128 (H.L.), at pp. 1153-54. A court may not take

réglementation municipale dont découle la taxe foncière » (par. 102-103). Il rejette donc la demande.

[20] La Cour d’appel ne fait pas de distinction entre le présent dossier et l’affaire *Marcotte*, et elle se reporte aux motifs qu’elle a exposés dans celle-ci (2007 QCCA 1542, [2007] Q.J. No. 12620 (QL)).

[21] Monsieur Breslaw plaide que le caractère approprié de ses conclusions devrait être décidé par le juge du fond et non à l’étape de l’autorisation du recours. Il soutient qu’il a limité ses conclusions à une demande de non-conformité parce qu’il voulait suggérer une approche adaptée aux faits particuliers du dossier, approche qui permettrait le remboursement de taxes sans entraîner l’effet pervers qui résulterait d’une conclusion de nullité. Il qualifie de « technique » l’argument selon lequel l’annulation devrait être prononcée avant que puisse être obtenue une déclaration de non-conformité.

Analyse

[22] Pour les motifs exprimés dans les pourvois *Marcotte* et *Usinage Pouliot*, je souscris à la conclusion du juge de la Cour supérieure dans le présent dossier relativement au moment et à la portée de l’exercice du pouvoir discrétionnaire auquel réfère l’art. 4.2 C.p.c. Ce pouvoir s’intègre à l’analyse des quatre conditions d’exercice prévues par l’art. 1003 C.p.c. Il ne peut être considéré comme une cinquième condition à l’exercice d’un recours collectif. L’article 4.2 C.p.c. n’accorde pas un pouvoir discrétionnaire autonome. Ce pouvoir doit être exercé dans le cadre de la procédure dont le juge est saisi.

[23] Je suis aussi d’accord avec le juge de la Cour supérieure pour dire que le syllogisme juridique de l’appelant est déficient. Si un organisme public n’agit pas dans les limites prescrites par la loi habilitante, la conséquence inéluctable est la nullité de l’acte qu’il a accompli. Cependant, tant et aussi longtemps que l’acte n’est pas annulé, il est présumé valide et ses prescriptions doivent être respectées : G. Pépin et Y. Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2^e éd. 1982), p. 280; *La Roche c. Secretary of State for Trade and Industry*,

the place of the public body and make a decision that body should have made, especially where setting the amount of taxes is concerned.

[24] The appellant seeks only a declaration of inconsistency, as he considers some of the taxes imposed and collected to be valid. Lacoursière J. rightly observed that a simple declaration of inconsistency would not be a sufficient basis for the remedy — a partial refund — being sought. In this Court, the appellant seeks the same conclusion, which he describes as “creative”. In his opinion, a declaration of nullity would have “the perverse effect of annulling the collection of all taxes collected by the Respondent, including taxes validly collected and paid” (factum, at para. 73). Should the conclusion be found to be inappropriate, the appellant would like to leave it to the trial judge to reframe it. As in the Superior Court, he has not offered to do so himself. Moreover, this is consistent with his position that, since a portion of the taxes paid is valid, he does not wish to “impoverish the Respondent any more than [is] legally justified” (para. 78).

[25] In *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392, this Court held that judges hearing class actions have a broad latitude in drafting conclusions capable of providing group members with an adequate remedy. Judges hearing motions for authorization have a similar power under art. 1005 C.C.P. However, the exercise of this power must have a valid legal basis, and it cannot be used to modify the action.

[26] The appellant no doubt had reasons for not asking that the by-laws be quashed. One of them can be inferred from the proceedings in *Marcotte* and *Usinage Pouliot*. If the appellant had asked that the by-laws be quashed, the amount of the refund claim would have corresponded to the total of the property tax paid. The appellant refrained from seeking this conclusion in the instant case. He wanted to

[1974] 2 All E.R. 1128 (H.L.), p. 1153-54. Un tribunal ne peut se substituer à l'organisme public et rendre la décision que cet organisme aurait dû rendre — surtout en matière de fixation de taxes.

[24] Or, l'appelant demande une simple déclaration de non-conformité, car il soutient que certaines impositions et certains prélèvements de taxes sont valides. Le juge Lacoursière a, avec raison, constaté qu'une simple déclaration de non-conformité ne permettait pas d'accorder la conclusion demandée, soit un remboursement partiel. Devant notre Cour, l'appelant présente toujours la même demande, la qualifiant de créative. Selon lui, une demande de nullité aurait [TRADUCTION] « l'effet pervers d'annuler la perception de toutes les taxes levées par l'intimée, y compris celles qui ont été perçues et payées validement » (mémoire, par. 73). L'appelant voudrait que la formulation de la conclusion, si elle était jugée inappropriée, soit laissée au juge du fond. Tout comme devant la Cour supérieure, il n'a pas offert de reformuler ses conclusions. Cette attitude est d'ailleurs cohérente avec la position qu'il prend — selon lui, comme une partie des taxes est valide, il ne veut pas [TRADUCTION] « réduire les ressources de l'intimée plus qu'il n'est légalement justifié de le faire » (par. 78).

[25] Dans *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, notre Cour a reconnu que le juge saisi d'un recours collectif bénéficie d'une grande marge de manœuvre dans la formulation des conclusions propres à assurer aux membres du groupe une réparation adéquate. Un pouvoir analogue est conféré par l'art. 1005 C.p.c. au juge saisi de la demande d'autorisation. L'exercice de ce pouvoir doit cependant reposer sur un fondement juridique valide et ne peut entraîner la modification du recours.

[26] L'appelant avait sûrement des raisons de ne pas demander la nullité des règlements. L'une d'elles peut être inférée du débat dans les affaires *Marcotte* et *Usinage Pouliot*. Si l'appelant avait demandé l'annulation des règlements, le montant de la demande de remboursement aurait correspondu au montant de toute la taxe foncière payée. En l'espèce, l'appelant se défend bien de rechercher

limit his claim to the amount of the overpayment. But if the appellant's argument were accepted, the judge would have to supplant the city, and indeed the government, in order to establish a lawful tax amount. That is not a matter for the courts. As can be seen, the appellant's choice is based on a strategy decision that goes to the substance of his case. This would not amount to a simple reframing of the conclusions. Furthermore, if Lacoursière J. had undertaken to amend the conclusions, it would have been necessary to reframe them all, including the requested declaration of inconsistency and the monetary claim. Pointing out that Mr. Breslaw was ably represented, the judge found that it would be inappropriate for him to take Mr. Breslaw's place in recasting the legal basis of the claim and the conclusions. He relied, *inter alia*, on the fact that counsel for Mr. Breslaw had refused to submit an alternative conclusion entailing a declaration that the by-law authorizing the taxes was null (para. 100). I have difficulty seeing how this Court could interfere with the judge's exercise of this discretion.

[27] Lacoursière J. also mentioned, as an additional reason, that an individual action for the recovery of taxes collected pursuant to unlawful municipal by-laws could produce the same outcome for all the aggrieved ratepayers, at a lower cost and without the inherent complexity of a class action. On this point, it is my opinion that the judge failed to consider the fact that a class action averts the need to bring thousands of individual actions. As I explain in *Marcotte* and *Usinage Pouliot*, success in an individual action does not apply in respect of all the other ratepayers where a monetary remedy is sought. The judge therefore erred in asserting that an individual action could have the same result as a class action. Moreover, although he made this additional comment while discussing the relationship between the facts alleged and the conclusions sought, it is hard to see a connection between his comment and this condition for authorizing a class action. Article 1003(b) requires the court to determine whether, from a legal standpoint, the conclusions being sought can follow from the alleged

cette conclusion. Il veut limiter sa demande au trop-perçu de taxes. Mais retenir l'argument de l'appelant impliquerait que le juge devrait se substituer à la ville, voire au gouvernement, et établir un montant de taxe conforme à la loi. Une telle mesure n'est pas du ressort des tribunaux. Comme on peut le constater, le choix de l'appelant est fondé sur une décision stratégique qui touche au fond de son recours. Il ne s'agit pas d'une simple reformulation des conclusions. Par ailleurs, si le juge Lacoursière avait entrepris de modifier les conclusions, celles-ci auraient toutes dû être reformulées, tant la demande de non-conformité que la demande pécuniaire. Soulignant que M. Breslaw était représenté par des avocats habiles, le juge a estimé qu'il n'y avait pas lieu pour lui de se substituer à celui-ci dans la reformulation du fondement juridique de la demande et des conclusions recherchées. Le juge s'est entre autres fondé sur le fait que l'avocat de M. Breslaw s'était refusé à soumettre une conclusion alternative demandant la nullité du règlement autorisant les taxes (par. 100). Je vois difficilement comment notre Cour pourrait intervenir à l'égard de cet exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire.

[27] Le juge Lacoursière a aussi mentionné, comme motif additionnel, qu'un recours individuel en répétition de taxes découlant de l'illégalité de la réglementation municipale pourrait produire le même résultat pour tous les contribuables lésés, à moindre coût et sans la complexité inhérente au recours collectif. Sur ce point, à mon avis, le juge n'a pas tenu compte du fait que le recours collectif évite des milliers de recours individuels. Comme je l'explique dans les affaires *Marcotte* et *Usinage Pouliot*, le succès d'un recours individuel ne vaut pas pour tous les autres contribuables lorsqu'une demande pécuniaire est présentée. Le juge a donc fait erreur en affirmant que le recours individuel permettait d'atteindre le même résultat qu'un recours collectif. De plus, bien qu'il s'inscrit dans la discussion du lien entre les faits allégués et les conclusions recherchées, ce commentaire additionnel du juge peut difficilement être rattaché à cette condition d'exercice du recours collectif. En effet, l'al. 1003b) requiert le tribunal de déterminer si, juridiquement, les conclusions peuvent découler

facts, not whether the same conclusions might be granted in an individual action. What must be done is to determine not whether the action is appropriate, but whether the facts alleged in the motion may, *prima facie*, justify the conclusions sought. This is a question that goes to substance, not to procedure.

[28] Although I do not agree with this additional reason, the main reason given by the Superior Court judge was sufficient to justify his refusal to authorize a class action.

[29] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Irving Mitchell Kalichman, Montréal.

Solicitors for the respondent: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

des faits allégués et non pas de décider si les mêmes conclusions peuvent être accordées dans le contexte d'un recours individuel. Il ne s'agit pas, lors d'un tel examen, d'évaluer le caractère approprié de la demande, mais bien d'évaluer si les faits allégués dans la requête peuvent, à première vue, justifier les conclusions recherchées. Il s'agit d'une question qui touche au fond, non à la procédure.

[28] Même si je ne suis pas d'accord avec ce motif additionnel, il demeure que le motif principal du juge de la Cour supérieure suffisait pour justifier le refus de l'autorisation.

[29] Pour ces motifs, je rejeterais l'appel avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Irving Mitchell Kalichman, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Gregory Ernest Last *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LAST

Neutral citation: 2009 SCC 45.

File No.: 32809.

2009: March 27; 2009: October 15.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — Joinder and severance — Accused charged with several counts arising from two sexual assaults committed at different times against different complainants — Whether trial judge erred in dismissing application for severance.

The accused was charged in one indictment with counts related to two sexual assaults and breaches of undertakings. Both assaults occurred in the same city, approximately one month apart. S.M. testified that, after attending a night club with the accused, she went to his home in order to call a taxi. She testified that once inside the accused's home, he held her at gunpoint, choked her and repeatedly sexually assaulted her. M.A. testified that the accused accompanied a mutual friend to her apartment. After the friend left, the accused struck her across the forehead with a mug and choked her into unconsciousness. She was sexually assaulted with an object while unconscious. The accused applied to sever the counts in order to be tried separately in respect to each sexual assault. The trial judge denied the application. He found that there was a nexus in time and place but observed that he was "not persuaded that, at trial, the question of prejudice will be a significant factor at all" since "a modern jury should be able to handle the instructions given by [him] to avoid any meaningful possibility of prejudice". He did not put much weight on a statement by defence counsel that the accused might wish to testify on counts related to one incident but not the other. He held that the case was not complex, and that the possibility of inconsistent verdicts did "not loom large". This led him to conclude that

Gregory Ernest Last *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. LAST

Référence neutre : 2009 CSC 45.

N^o du greffe : 32809.

2009 : 27 mars; 2009 : 15 octobre.

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

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

Droit criminel — Procès — Réunion des chefs d'accusation et procès distincts — Accusé inculpé de plusieurs chefs d'accusation se rapportant à deux agressions sexuelles commises à différents moments contre deux plaignantes — Le juge de première instance a-t-il fait erreur en rejetant la demande de séparation des chefs d'accusation?

L'accusé a été inculpé, dans un seul acte d'accusation, de chefs d'accusation se rapportant à deux agressions sexuelles et de chefs d'accusation de manquement à un engagement. Les deux agressions se sont produites dans la même ville, à environ un mois d'intervalle. S.M. a témoigné qu'après avoir passé la soirée dans une boîte de nuit avec l'accusé elle est allée chez lui pour appeler un taxi. Elle a déclaré qu'une fois chez lui il l'a tenue sous la menace d'une arme à feu, l'a étouffée et l'a agressée sexuellement à maintes reprises. M.A. a témoigné que l'accusé a raccompagné une amie commune à son appartement. Après le départ de l'amie, l'accusé l'a frappée au front avec une tasse et l'a étouffée jusqu'à ce qu'elle perde connaissance. Elle a été agressée sexuellement au moyen d'un objet alors qu'elle était sans connaissance. L'accusé a demandé la séparation des chefs d'accusation afin de subir son procès séparément sur chacune des agressions sexuelles. Le juge de première instance a rejeté la demande. Il a estimé qu'il y avait un lien quant au moment et quant à l'endroit, mais a fait observer qu'il n'était « pas convaincu qu'au procès la question du préjudice sera un facteur important » car « un jury moderne devrait être capable de se servir des directives qui lui sont données par lui pour éviter toute possibilité de préjudice significative ». Il n'a pas accordé beaucoup d'importance à la déclaration de l'avocat de la défense que

the interests of justice did not require severance in this case. At trial, the accused was convicted on all charges and a majority of the Court of Appeal upheld the convictions.

Held: The appeal should be allowed. The convictions should be set aside. The matter should be remitted to the Superior Court and the counts related to each complainant should be tried separately.

Section 591 of the *Criminal Code*, which governs the joinder of counts in an indictment, except for murder, places no restrictions on the number of counts that can be tried together on a single indictment. However, s. 591(3)(a) permits a court to order that the accused be tried separately on one or more of the counts where it is satisfied that the interests of justice so require. There are two grounds for intervention: unjudicial severance ruling or a ruling that results in an injustice. An inquiry into whether a judge acted unjudicially examines the circumstances prevailing at the time the severance ruling was made, while a review of whether the ruling resulted in an injustice will usually scrutinize the unfolding of the trial and of the verdicts. When deciding whether to sever counts, courts balance the risk of prejudice to the accused and the public's interest in a single trial. Factors that may be weighed when deciding whether or not to sever include prejudice to the accused, the legal and factual nexus between the counts, the complexity of the evidence, whether the accused intends to testify on one count but not another, the possibility of inconsistent verdicts, the desire to avoid a multiplicity of proceedings, the use of similar fact evidence at trial, the length of the trial having regard to the evidence to be called, the potential prejudice to the accused with respect to the right to be tried within a reasonable time and the existence of antagonistic defences as between co-accused persons. [13-15] [17-18]

In this case, the trial judge failed to conduct a proper balancing of the relevant factors and made an

l'accusé pourrait vouloir témoigner à l'égard des chefs d'accusation liés à l'un des événements mais pas à l'autre. Il a jugé que l'affaire n'était pas complexe et que la question de la possibilité de verdicts incompatibles « n'avait pas beaucoup de poids ». Cela l'a amené à conclure que les intérêts de la justice n'exigeaient pas en l'espèce la séparation des chefs d'accusation. Au procès, l'accusé a été déclaré coupable de tous les chefs d'accusation et la Cour d'appel, à la majorité, a confirmé les déclarations de culpabilité.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Les déclarations de culpabilité sont annulées. L'affaire est renvoyée devant la Cour supérieure et les chefs d'accusation relatifs à chacune des plaignantes doivent être instruits séparément.

L'article 591 du *Code criminel*, qui régit la réunion des chefs d'accusation dans un acte d'accusation, à l'exception du meurtre, n'impose aucune restriction quant au nombre de chefs d'accusation qui peuvent être instruits ensemble dans un seul acte d'accusation. Toutefois, en vertu de l'al. 591(3)a), le tribunal peut ordonner que l'accusé subisse son procès séparément sur un ou plusieurs chefs d'accusation lorsqu'il est convaincu que les intérêts de la justice l'exigent. Il existe deux motifs d'intervention : une décision contraire aux normes judiciaires en matière de séparation de chefs d'accusation et une décision qui a causé une injustice. Pour déterminer si le juge a agi contrairement aux normes judiciaires, il faut analyser la situation qui a cours au moment où la décision en matière de séparation de chefs d'accusation est rendue, alors que pour déterminer si la décision a causé une injustice, il faut habituellement examiner le déroulement du procès, y compris le prononcé du verdict. Lorsqu'il s'agit de décider s'il y a lieu de séparer les chefs d'accusation, les tribunaux mettent en balance le risque de préjudice pour l'accusé et l'intérêt de la société à ce qu'il ait un seul procès. Au nombre des facteurs qui peuvent être appréciés quand il s'agit de décider de séparer ou non les chefs d'accusation figurent le préjudice causé à l'accusé, le lien juridique et factuel entre les chefs d'accusation, la complexité de la preuve, la question de savoir si l'accusé entend témoigner à l'égard d'un chef d'accusation, mais pas à l'égard d'un autre, la possibilité de verdicts incompatibles, le désir d'éviter multiplicité des instances, l'utilisation de la preuve de faits similaires au procès, la durée du procès compte tenu de la preuve à produire, le préjudice que l'accusé risque de subir quant au droit d'être jugé dans un délai raisonnable et l'existence de moyens de défense diamétralement opposés entre coaccusés. [13-15] [17-18]

En l'espèce, le juge de première instance n'a pas effectué une pondération adéquate des facteurs

unreasonable decision in denying the application for severance. All the factors must be considered and weighed cumulatively and most of them militated in favour of separate trials. Although the accused was likely to testify in respect to both assaults, the risk of prejudice to the accused in having a joint trial was significant because of the dangers of credibility cross-pollination and prohibited propensity reasoning. Furthermore, there were no compelling countervailing reasons for having a joint trial. This case did not pose a risk of inconsistent verdicts, nor any substantial overlap in witness testimony or other evidence. The nexus of time and place between the counts did not explain why it was necessary, desirable or convenient to try the cases together. A joint trial did not serve any truth-seeking interest and brought few if any benefits to the administration of justice. Considering the unlikelihood of a successful similar fact application, the gains in judicial economy usually achieved from avoiding multiple proceedings were absent in this case. Although a limiting instruction to the jury in an appropriate case can limit the risk of prejudice to the accused, courts should resort to limiting instructions only where sufficient countervailing factors provide a rationale for a joint trial. The significant risk of prejudice to the accused clearly outweighed any benefits to the administration of justice in trying the counts together. [41] [44-47]

This is not a case where the curative proviso should be applied. The Crown has not discharged its burden that despite the error of law, no substantial wrong or miscarriage of justice occurred. [48]

Cases Cited

Referred to: *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. Kestenberg* (1959), 126 C.C.C. 387, leave to appeal refused, [1960] S.C.R. x; *R. v. Grondkowski* (1946), 31 Cr. App. R. 116; *R. v. Rose* (1997), 100 O.A.C. 67; *R. v. E. (L.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 228; *R. v. Cross* (1996), 112 C.C.C. (3d) 410; *R. v. Cuthbert* (1996), 106 C.C.C. (3d) 28, aff'd [1997] 1 S.C.R. 8 (*sub nom. R. v. C. (D.A.)*); *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26.

pertinents et a rendu une décision déraisonnable en rejetant la demande de séparation des chefs d'accusation. Tous les facteurs doivent être pris en considération et soupesés cumulativement. La plupart des facteurs dans la présente affaire militaient en faveur d'instructions distinctes. Bien que l'accusé eût probablement témoigné à l'égard des deux agressions, le risque qu'il subisse un préjudice par suite d'une instruction conjointe était néanmoins important en raison du danger que l'évaluation de la crédibilité dans un dossier pollinise l'autre et du danger de raisonnement interdit fondé sur la propension. De plus, aucun motif impérieux ne militait en faveur d'une instruction conjointe. La présente affaire ne comportait aucun risque de verdicts incompatibles ni aucun chevauchement substantiel dans les témoignages et les autres preuves. Le lien quant au moment et quant à l'endroit entre les chefs d'accusation ne justifie pas qu'il soit nécessaire, souhaitable ou pratique d'instruire les affaires ensemble. En effet, la tenue d'une instruction conjointe n'a pas servi l'intérêt de la recherche de la vérité et n'a guère apporté d'avantage sur le plan de l'administration de la justice. Vu la faible possibilité qu'une demande de preuve de faits similaires soit accueillie, l'économie des ressources judiciaires qu'on réalise habituellement en évitant la tenue d'instances multiples était nulle en l'espèce. Même si les directives restrictives adressées au jury peuvent, lorsque le cas s'y prête, limiter le risque de préjudice pour l'accusé, les tribunaux ne devraient y recourir que s'il y a suffisamment de facteurs opposés qui militent en faveur d'une instruction conjointe. L'important risque de préjudice pour l'accusé l'emportait nettement sur tout avantage que pourrait représenter sur le plan de l'administration de la justice la réunion des chefs d'accusation. [41] [44-47]

Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas d'application de la disposition réparatrice. Le ministère public ne s'est pas acquitté de son fardeau de prouver que, malgré l'erreur de droit, aucun tort important n'a été commis et aucune erreur judiciaire grave ne s'est produite. [48]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. Kestenberg* (1959), 126 C.C.C. 387, autorisation de pourvoi refusée, [1960] R.C.S. x; *R. c. Grondkowski* (1946), 31 Cr. App. R. 116; *R. c. Rose* (1997), 100 O.A.C. 67; *R. c. E. (L.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 228; *R. c. Cross*, [1996] J.Q. n° 3761 (QL); *R. c. Cuthbert* (1996), 106 C.C.C. (3d) 28, conf. par [1997] 1 R.C.S. 8 (*sub nom. R. c. C. (D.A.)*); *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 591.

Authors Cited

Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Evidence*. Carswell: Toronto, 2009.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Feldman, Lang and Juriansz J.J.A.), 2008 ONCA 593, 91 O.R. (3d) 561, 236 C.C.C. (3d) 231, [2008] O.J. No. 3208 (QL), 2008 CarswellOnt 4833, upholding the accused's convictions. Appeal allowed.

Clayton C. Ruby and Gerald J. Chan, for the appellant.

Lisa Joyal, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DESCHAMPS J. —

1. Introduction

[1] The Crown enjoys a large discretion in deciding to include more than one count in an indictment (s. 591(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46). On an application to sever a multi-count indictment, the overarching criteria are the interests of justice. This appeal raises the issue of whether a trial judge erred in dismissing an application to sever. In my view, he did.

1.1 Overview

[2] The appellant, Gregory Ernest Last, was charged in one indictment with counts related to two incidents involving sexual assaults on two victims and with two counts of breach of undertaking. Prior to trial, he applied for an order that the counts related to each sexual assault be severed and that a separate trial be held with respect to each incident. The trial judge, Killeen J., denied the severance application and proceeded to try all counts

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 591.

Doctrine citée

Watt, David. *Watt's Manual of Criminal Evidence*. Carswell: Toronto, 2009.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Feldman, Lang et Juriansz), 2008 ONCA 593, 91 O.R. (3d) 561, 236 C.C.C. (3d) 231, [2008] O.J. No. 3208 (QL), 2008 CarswellOnt 4833, qui a confirmé les déclarations de culpabilité de l'accusé. Pourvoi accueilli.

Clayton C. Ruby et Gerald J. Chan, pour l'appellant.

Lisa Joyal, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE DESCHAMPS —

1. Introduction

[1] Le ministère public jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour décider d'inclure plus d'un chef d'accusation dans un acte d'accusation (par. 591(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46). Dans le cadre d'une demande de séparation des chefs d'accusation compris dans un acte d'accusation, les intérêts de la justice constituent le critère primordial. Il s'agit de déterminer en l'espèce si le juge de première instance a commis une erreur en rejetant une demande de séparation de chefs d'accusation. À mon avis, il a commis une erreur.

1.1 Aperçu

[2] L'appellant, Gregory Ernest Last, a été inculpé, dans un seul acte d'accusation, d'un certain nombre de chefs d'accusation se rapportant à deux agressions sexuelles commises contre deux victimes et de deux chefs d'accusation de manquement à un engagement. Avant le procès, il a demandé que soit prononcée une ordonnance de séparation des chefs d'accusation liés à chacune des agressions sexuelles et la tenue d'un procès distinct pour chacun des

together. Mr. Last was convicted on all charges. A dangerous offender application was dismissed and he was sentenced to 22.5 years' imprisonment. Mr. Last appealed both his convictions and his sentence to the Ontario Court of Appeal but his appeal was dismissed, Juriansz J.A. dissenting (2008 ONCA 593, 91 O.R. (3d) 561).

[3] Mr. Last appeals his conviction as of right to this Court on the issue of whether the trial judge erred in dismissing his application for severance. Mr. Last was also granted leave to appeal on the issue of whether the trial judge erred in failing to instruct the jury against propensity reasoning.

[4] For the reasons that follow, I would allow the appeal on the ground that the trial judge erred in failing to conduct an appropriate balancing exercise of all factors relevant to the severance order. I would set aside the convictions and remit the matter to the Superior Court for the counts related to each victim to be tried separately.

1.2 *Factual Background*

[5] The first incident occurred in the early hours of September 27, 2003 and involved the alleged sexual assault of S.M. Mr. Last had accepted S.M.'s invitation to join her at a night club on the night of her 19th birthday. At the end of the night, a friend of S.M. offered them a ride home from the night club. When they arrived at Mr. Last's home, S.M. informed Mr. Last that she would not be accompanying him. Mr. Last refused to get out of the car unless S.M. got out with him. Not wanting to inconvenience her friend, whose parents had imposed a curfew, S.M. decided to get out of the car and call a

incidents. Le juge Killeen, siégeant en première instance, a rejeté la demande de séparation des chefs d'accusation et a procédé à l'instruction de l'ensemble des chefs d'accusation. Monsieur Last a été déclaré coupable de tous les chefs d'accusation. Une demande de déclaration de délinquant dangereux a été rejetée et il a été condamné à une peine de 22 ans et demi d'emprisonnement. Devant la Cour d'appel de l'Ontario, M. Last a appelé des deux déclarations de culpabilité et de la peine prononcées contre lui, mais son appel a été rejeté, avec dissidence de la part du juge Juriansz (2008 ONCA 593, 91 O.R. (3d) 561).

[3] Monsieur Last se pourvoit maintenant de plein droit devant la Cour contre sa déclaration de culpabilité sur la question de savoir si le juge de première instance a fait erreur en rejetant sa demande de séparation des chefs d'accusation. Il a également été autorisé à porter en appel la question de savoir si le juge de première instance a eu tort de ne pas avoir mis le jury en garde contre un raisonnement fondé sur la propension.

[4] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. J'estime que le juge de première instance a commis une erreur en ne pondérant pas comme il se doit tous les facteurs qui présentent un intérêt pour l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation. Je suis d'avis d'annuler les déclarations de culpabilité et de renvoyer l'affaire devant la Cour supérieure pour que les chefs relatifs à chacune des victimes soient instruits séparément.

1.2 *Le contexte factuel*

[5] Le premier événement a eu lieu aux petites heures du matin du 27 septembre 2003. Il s'agissait d'une agression sexuelle qui aurait été commise sur S.M. Monsieur Last avait accepté l'invitation de S.M. d'aller la rejoindre dans une boîte de nuit le soir de ses 19 ans. À la fin de la soirée, une amie de S.M. leur a offert de les reconduire en voiture à la maison. Lorsqu'ils sont arrivés à la maison de M. Last, S.M. a dit à ce dernier qu'elle n'entrerait pas chez lui. Monsieur Last a refusé de sortir de la voiture, sans S.M. Comme elle ne voulait pas causer d'ennuis à son amie, dont les parents avait imposé

taxi from Mr. Last's home. S.M. testified that once she was inside his home, Mr. Last pulled out a gun and held it to her forehead. According to S.M., Mr. Last then proceeded to choke her and repeatedly sexually assault her orally, vaginally and anally. S.M. eventually escaped once Mr. Last fell asleep.

[6] The next morning S.M. related the events to her sister, who noticed red marks on S.M.'s neck. When S.M. went to the hospital two days later she had no visible injuries. A witness for the Crown testified that she had seen Mr. Last with a gun on three occasions. Mr. Last testified to consensual sex with S.M. and denied owning a gun.

[7] The second incident occurred approximately one month later and involved the alleged sexual assault of a 32-year-old woman, M.A. After midnight on the night of October 29, 2003, Mr. Last accompanied one of M.A.'s friends to M.A.'s apartment. This was the first time M.A. had met Mr. Last. After introductions and a brief conversation over a cup of tea, the friend got up to leave to go to a bar. Mr. Last refused to accompany her because he did not have enough money or proper identification to go to a bar. After a brief discussion, it was agreed that Mr. Last would stay behind with M.A. and wait for the friend's return. At one point, once the friend had left, Mr. Last went to the kitchen to get more tea and came back with his mug and sat down. According to M.A., Mr. Last then stood up and struck her across the forehead with a tea mug. M.A. testified that he grabbed her throat with both hands and started choking her until she was unconscious. When M.A. eventually awoke, she had a seizure. Once she recovered from the seizure she realized she was naked and covered in blood. M.A. managed to wrap a towel around herself and exit her apartment, which had been locked from the outside. M.A. sought help from the superintendents of her apartment building, who immediately called the police. M.A. identified Mr. Last as her assaulter.

une heure de rentrée, S.M. a décidé de sortir de la voiture et elle a appelé un taxi à partir de la maison de M. Last. Elle a témoigné que, dès qu'elle fut entrée dans sa maison, M. Last a sorti une arme à feu et l'a braquée sur son front. Selon elle, M. Last s'est mis à l'étouffer et à lui imposer à maintes reprises des actes de sexualité orale, vaginale et anale. S.M. s'est échappée après que M. Last se soit endormi.

[6] Le lendemain matin, S.M. a raconté les événements à sa sœur, qui a remarqué des marques rouges sur le cou de S.M. Lorsque celle-ci s'est rendue à l'hôpital deux jours plus tard, aucune blessure n'était visible. Un témoin à charge a déclaré avoir vu M. Last avec une arme à feu à trois reprises. Celui-ci a affirmé avoir eu une relation sexuelle consensuelle avec S.M. et a nié posséder une arme à feu.

[7] Le second événement s'est produit environ un mois plus tard. Il s'agissait d'une présumée agression sexuelle contre M.A., une femme de 32 ans. Le 29 octobre 2003, peu après minuit, M. Last a accompagné l'une des amies de M.A. à l'appartement de cette dernière. C'était la première fois que M.A. le rencontrait. Après les présentations et une brève conversation autour d'une tasse de thé, l'amie s'est levée pour partir et aller dans un bar. Monsieur Last a refusé de l'accompagner parce qu'il n'avait pas assez d'argent ni les pièces d'identité nécessaires pour aller dans un bar. Après une brève discussion, il a été convenu que M. Last resterait avec M.A. et attendrait le retour de l'amie. À un certain moment, après le départ de celle-ci, M. Last est allé dans la cuisine pour se resservir en thé, puis il est revenu avec sa tasse et s'est assis. Selon M.A., M. Last s'est ensuite levé et l'a frappée au front avec sa tasse. Elle a témoigné qu'il l'a prise à la gorge avec ses deux mains et qu'il a commencé à l'étouffer jusqu'à ce qu'elle perde connaissance. Lorsqu'elle a enfin repris conscience, elle fut prise de convulsions. Après s'être remise de ses convulsions, elle s'est rendu compte qu'elle était nue et couverte de sang. Elle a réussi à s'envelopper d'une serviette et elle est sortie de son appartement, qui avait été verrouillé de l'extérieur. Elle a demandé de l'aide aux gardiens de son immeuble, qui ont immédiatement appelé la police. M.A. a identifié M. Last comme étant son agresseur.

[8] M.A. suffered extensive injuries that included vaginal and anal assault with an object. She bore numerous bruises, including one of 12 cm x 10 cm on the eye, and abrasions, including tears to the hymenal tissues and anus. M.A.'s blood was found on numerous sites in her apartment, including the floor, wall and couch in her living room.

[9] Mr. Last testified that he left shortly after his friend because M.A. was expecting a visit from a male acquaintance. Mr. Last's defence counsel noted that cell phone records indicated that Mr. Last had at most a 20-minute window of opportunity to commit the assault. Defence counsel argued that M.A.'s memory was unreliable due to the trauma she had suffered and that the likely perpetrator was her ex-boyfriend.

1.3 *Decisions of the Courts Below*

[10] A pre-trial severance application was denied by the trial judge, Killeen J. He found that there was a nexus in time and place because "[t]he incidents giving rise to the charges only occurred roughly one month apart" in the same city. He then observed that he was "not persuaded that, at trial, the question of prejudice will be a significant factor at all" since "a modern jury should be able to handle the instructions given by [him] to avoid any meaningful possibility of prejudice" (A.R., at p. 79). He did not put much weight on the statement by defence counsel that the accused might wish to testify on counts related to one incident but not the other because he found "that point was taken so vaguely as not to constitute a significant factor" (A.R., at p. 80). He also noted that the case was not complex, and that the possibility of inconsistent verdicts did "not loom large". This led him to conclude that the interests of justice did not require severance in this case.

[8] M.A. a subi de graves blessures, notamment des lésions vaginales et anales infligées au moyen d'un objet. Elle avait de nombreuses ecchymoses, dont une de 12 cm x 10 cm dans la région de l'œil, ainsi que des déchirures, notamment au niveau du tissu hyménéal et de l'anus. Son sang a été trouvé à de nombreux endroits de son appartement, notamment sur le plancher, le mur et le divan de son salon.

[9] Selon le témoignage de M. Last, il a quitté peu après le départ de son amie parce que M.A. attendait la visite d'un ami. Son avocat a souligné que, d'après les relevés de téléphone cellulaire, M. Last disposait d'au plus 20 minutes pour commettre l'agression. L'avocat a soutenu que la mémoire de M.A. n'était pas fiable à cause du traumatisme qu'elle avait subi et que l'auteur du crime était probablement son ancien petit ami.

1.3 *Les décisions des juridictions inférieures*

[10] En première instance, le juge Killeen a rejeté la demande de séparation des chefs d'accusation avant instruction. Il a estimé qu'il y avait un lien quant au moment et quant à l'endroit parce que [TRADUCTION] « [l]es événements ayant donné lieu aux accusations se sont produits à environ un mois d'intervalle » dans la même ville. Il a ensuite fait observer qu'il n'était [TRADUCTION] « pas convaincu qu'au procès la question du préjudice sera un facteur important » car [TRADUCTION] « un jury moderne devrait être capable de se servir des directives qui lui sont données par lui pour éviter toute possibilité de préjudice significative » (d.a., p. 79). Il n'a pas accordé beaucoup d'importance à la déclaration de l'avocat de la défense que l'accusé pourrait vouloir témoigner à l'égard des chefs d'accusation liés à l'un des événements mais pas à l'autre, parce qu'il a conclu que [TRADUCTION] « ce point avait été soulevé de façon si vague qu'il ne constituait pas un facteur important » (d.a., p. 80). Il a également souligné que l'affaire n'était pas complexe et que la question de la possibilité de verdicts incompatibles [TRADUCTION] « n'avait pas beaucoup de poids ». Cela l'a amené à conclure que les intérêts de la justice n'exigeaient pas en l'espèce la séparation des chefs d'accusation.

[11] On appeal to the Court of Appeal for Ontario, Mr. Last raised numerous grounds of appeal, including that the trial judge erred in denying severance and that he failed to properly instruct the jury not to use prohibited propensity reasoning. A majority of the Court of Appeal dismissed the appeal. Juriansz J.A. dissented on the ground that the trial judge erred in assessing the weight of the relevant factors and their cumulative effect on the interests of justice.

2. Issues

[12] This appeal raises the issue of whether the trial judge acted unjudicially in dismissing the severance application. The appellant also contends that the trial judge's decision resulted in an injustice and that he erred in failing to warn the jury against propensity reasoning. The Crown maintains that there is no error in the decision not to sever and that if any error was committed, the curative proviso should be applied. Given my conclusion that the trial judge acted unjudicially in his weighing of the relevant factors in the severance application, it will not be necessary to discuss the appellant's other grounds. Moreover, this is not, in my view, a case where the curative proviso can be applied.

3. Analysis

3.1 *The Severance Application*

[13] Section 591 of the *Criminal Code* governs the joinder of counts in an indictment:

591. (1) [Joinder of counts] Subject to section 589, any number of counts for any number of offences may be joined in the same indictment, but the counts shall be distinguished in the manner shown in Form 4.

[11] En appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, M. Last a invoqué de nombreux moyens d'appel, notamment le fait que le juge de première instance avait commis une erreur en refusant la séparation des chefs d'accusation et n'avait pas, comme il se devait, indiqué au jury qu'il ne peut se servir d'un raisonnement fondé sur la propension. La Cour d'appel, à la majorité, a rejeté l'appel. Le juge Juriansz était dissident au motif que le juge de première instance avait commis une erreur dans l'appréciation du poids des facteurs pertinents et de leur effet cumulatif sur les intérêts de la justice.

2. Les questions en litige

[12] Il s'agit en l'espèce de décider si le juge de première instance a agi contrairement aux normes judiciaires en rejetant la demande de séparation des chefs d'accusation. L'appellant soutient également que la décision du juge a donné lieu à une injustice et que celui-ci a commis une erreur en ne mettant pas le jury en garde contre les raisonnements fondés sur la propension. Le ministère public affirme qu'il n'y a aucune erreur dans la décision de ne pas séparer les chefs d'accusation et que, si une erreur a été commise, il y a lieu d'appliquer la disposition réparatrice. Compte tenu de ma conclusion que le juge de première instance a agi contrairement aux normes judiciaires dans l'appréciation des facteurs présentant un intérêt pour la demande de séparation des chefs d'accusation, il ne sera pas nécessaire d'examiner les autres moyens d'appel de l'appellant. De plus, selon moi, il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où il convient d'appliquer la disposition réparatrice.

3. L'analyse

3.1 *La demande de séparation des chefs d'accusation*

[13] L'article 591 du *Code criminel* régit la réunion des chefs d'accusation dans un acte d'accusation :

591. (1) [Réunion des chefs d'accusation] Sous réserve de l'article 589, un acte d'accusation peut contenir plusieurs chefs d'accusation visant plusieurs infractions, mais ils doivent être distingués de la façon prévue par la formule 4.

(2) [Each count separate] Where there is more than one count in an indictment, each count may be treated as a separate indictment.

(3) [Severance of accused and counts] The court may, where it is satisfied that the interests of justice so require, order

(a) that the accused or defendant be tried separately on one or more of the counts; and

(b) where there is more than one accused or defendant, that one or more of them be tried separately on one or more of the counts.

(4) [Order for severance] An order under subsection (3) may be made before or during the trial but, if the order is made during the trial, the jury shall be discharged from giving a verdict on the counts

(a) on which the trial does not proceed; or

(b) in respect of the accused or defendant who has been granted a separate trial.

[14] It is noteworthy that, save for murder, s. 591(1) of the *Code* places no restrictions on the number of counts that can be tried together on a single indictment. Under s. 591(3)(a), however, a court may order that the accused be tried separately on one or more of the counts “where it is satisfied that the interests of justice so require”. As noted by this Court in *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, the absence of specific guidelines for granting severance requires that deference be afforded to a trial judge’s ruling to the extent that he or she acts judicially and the ruling does not result in an injustice:

The criteria for when a count should be divided or a severance granted are contained in ss. 590(3) and 591(3) of the *Code*. These criteria are very broad: the court must be satisfied that the ends or interests of justice require the order in question. Therefore, in the absence of stricter guidelines, making an order for the division or severance of counts requires the exercise of a great deal of discretion on the part of the issuing judge. The decisions of provincial appellate courts have held, and I

(2) [Chaque chef d’accusation est distinct] Lorsqu’un acte d’accusation comporte plus d’un chef, chaque chef peut être traité comme un acte d’accusation distinct.

(3) [Procès distincts pour chaque chef d’accusation ou pour chaque accusé] Lorsqu’il est convaincu que les intérêts de la justice l’exigent, le tribunal peut ordonner :

a) que l’accusé ou le défendeur subisse son procès séparément sur un ou plusieurs chefs d’accusation;

b) s’il y a plusieurs accusés ou défendeurs, qu’ils subissent leur procès séparément sur un ou plusieurs chefs d’accusation.

(4) [Ordonnance en vue d’un procès distinct] Une ordonnance visée au paragraphe (3) peut être rendue avant ou pendant le procès, mais dans ce dernier cas, le jury est dispensé de rendre un verdict sur les chefs d’accusation :

a) soit à l’égard desquels le procès ne suit pas son cours;

b) soit concernant l’accusé ou le défendeur appelé à subir un procès séparé.

[14] Il convient de souligner que, à l’exception du meurtre, le par. 591(1) du *Code* n’impose aucune restriction quant au nombre de chefs d’accusation qui peuvent être instruits ensemble dans un seul acte d’accusation. Toutefois, en vertu de l’al. 591(3)a), le tribunal peut ordonner que l’accusé subisse son procès séparément sur un ou plusieurs chefs d’accusation « [I]orsqu’il est convaincu que les intérêts de la justice l’exigent ». Comme la Cour l’a souligné dans *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, l’absence de lignes directrices spécifiques en matière de séparation des chefs d’accusation exige que l’on fasse preuve de retenue à l’égard de la décision du juge de première instance tant que celui-ci agit selon les normes judiciaires et que sa décision ne cause aucune injustice :

Les critères applicables pour déterminer quand il y a lieu de diviser des chefs d’accusation ou de les séparer sont énoncés aux par. 590(3) et 591(3) du *Code*. Ces critères sont très larges : le tribunal doit être convaincu que les fins ou les intérêts de la justice exigent l’ordonnance en question. Par conséquent, à défaut de lignes directrices plus rigoureuses, le juge doit, pour rendre une ordonnance de division ou de séparation des chefs d’accusation, exercer un large pouvoir discrétionnaire.

agree, that an appellate court should not interfere with the issuing judge's exercise of discretion unless it is shown that the issuing judge acted unjudicially or that the ruling resulted in an injustice. [Emphasis added; pp. 353-54.]

[15] The Court in *Litchfield* integrated the long accepted two separate grounds for intervention: an unjudicial severance ruling or a ruling that resulted in an injustice (see, for example, *R. v. Kestenberg* (1959), 126 C.C.C. 387 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1960] S.C.R. x; and *R. v. Grondkowski* (1946), 31 Cr. App. R. 116 (C.A.), at pp. 119-20). These two grounds involve different inquiries. While the determination of whether the judge acted unjudicially calls for an inquiry into the circumstances prevailing at the time it was made, the review of whether the ruling resulted in an injustice will usually entail scrutiny that includes the unfolding of the trial and of the verdicts (*R. v. Rose* (1997), 100 O.A.C. 67, at para. 17).

[16] The ultimate question faced by a trial judge in deciding whether to grant a severance application is whether severance is required in the interests of justice, as per s. 591(3) of the *Code*. The interests of justice encompass the accused's right to be tried on the evidence admissible against him, as well as society's interest in seeing that justice is done in a reasonably efficient and cost-effective manner. The obvious risk when counts are tried together is that the evidence admissible on one count will influence the verdict on an unrelated count.

[17] Courts have given shape to the broad criteria established in s. 591(3) and have identified factors that can be weighed when deciding whether to sever or not. The weighing exercise ensures that a reasonable balance is struck between the risk of prejudice to the accused and the public interest in

Les cours d'appel provinciales ont décidé, ce à quoi je souscris, qu'une cour d'appel ne devrait pas s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge qui a rendu l'ordonnance, à moins qu'il ne soit démontré que ce juge n'a pas agi judiciairement ou que sa décision a causé une injustice. [Je souligne; p. 353-354.]

[15] Dans *Litchfield*, la Cour a intégré les deux motifs distincts d'intervention acceptés depuis longtemps en matière de séparation de chefs d'accusation : une décision contraire aux normes judiciaires ou une décision qui a causé une injustice (voir, par exemple, *R. c. Kestenberg* (1959), 126 C.C.C. 387 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1960] R.C.S. x; *R. c. Grondkowski* (1946), 31 Cr. App. R. 116 (C.A.), p. 119-120). Ces deux motifs impliquent des analyses différentes. Même s'il est nécessaire d'analyser la situation qui a cours au moment où la décision est rendue pour déterminer si le juge a agi contrairement aux normes judiciaires, il faut habituellement examiner le déroulement du procès, y compris le prononcé du verdict, pour savoir si la décision a causé une injustice (*R. c. Rose* (1997), 100 O.A.C. 67, par. 17).

[16] Selon le par. 591(3) du *Code*, l'ultime question à laquelle se trouve confronté le juge de première instance lorsqu'il s'agit de décider s'il y a lieu de donner suite à une demande de séparation de chefs d'accusation est celle de savoir si les intérêts de la justice exigent une telle séparation. Les intérêts de la justice englobent le droit de l'accusé d'être jugé en fonction de la preuve admissible contre lui, ainsi que l'intérêt de la société à ce que justice soit rendue d'une manière raisonnablement efficace, compte tenu des coûts. Le risque évident que comporte l'instruction des chefs d'accusation réunis est que la preuve admissible à l'égard d'un chef influencera le verdict sur un chef non lié.

[17] Les tribunaux ont concrétisé les critères généraux établis au par. 591(3) et ont dégagé des facteurs qui peuvent être appréciés quand il s'agit de décider de séparer ou non les chefs d'accusation. L'exercice d'appréciation permet d'établir un équilibre raisonnable entre le risque de préjudice pour

a single trial. It is important to recall that the interests of justice often call for a joint trial. *Litchfield*, where the Crown was prevented from arguing the case properly because of an unjudicial severance order, is but one such example. Severance can impair not only efficiency but the truth-seeking function of the trial.

[18] The factors identified by the courts are not exhaustive. They simply help capture how the interests of justice may be served in a particular case, avoiding an injustice. Factors courts rightly use include: the general prejudice to the accused; the legal and factual nexus between the counts; the complexity of the evidence; whether the accused intends to testify on one count but not another; the possibility of inconsistent verdicts; the desire to avoid a multiplicity of proceedings; the use of similar fact evidence at trial; the length of the trial having regard to the evidence to be called; the potential prejudice to the accused with respect to the right to be tried within a reasonable time; and the existence of antagonistic defences as between co-accused persons: *R. v. E. (L.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 228 (Ont. C.A.), at p. 238; *R. v. Cross* (1996), 112 C.C.C. (3d) 410 (Que. C.A.), at p. 419; *R. v. Cuthbert* (1996), 106 C.C.C. (3d) 28 (B.C.C.A.), at para. 9, aff'd [1997] 1 S.C.R. 8 (*sub nom. R. v. C. (D.A.)*).

[19] Mr. Last focusses his submission on the first *Litchfield* ground for intervention. He contends that the trial judge acted unjudicially in dismissing the severance application and that the ruling resulted in an injustice. More particularly, he contends that the trial judge erred in principle by dismissing his intention to testify on one set of counts and not the other as vague, failing to reasonably weigh the absence of benefits to the administration of justice of having the counts tried together, and concluding that the prejudice he suffered was insignificant. He submits that the reasonable weighing of

l'accusé et l'intérêt de la société à ce qu'il y ait un seul procès. Il importe de rappeler que les intérêts de la justice exigent souvent la tenue d'une instruction conjointe. L'arrêt *Litchfield*, dans lequel le ministère public a été empêché de plaider la cause de façon appropriée en raison d'une ordonnance de séparation contraire aux normes judiciaires, est un exemple. La séparation peut nuire non seulement à l'efficacité, mais aussi à la fonction de recherche de la vérité du procès.

[18] Les facteurs relevés par les tribunaux ne sont pas exhaustifs. Ils aident seulement à dégager la façon dont les intérêts de la justice peuvent être servis dans un cas particulier et à éviter qu'une injustice soit commise. Les facteurs que les tribunaux utilisent à bon droit sont notamment les suivants : le préjudice causé à l'accusé, le lien juridique et factuel entre les chefs d'accusation, la complexité de la preuve, la question de savoir si l'accusé entend témoigner à l'égard d'un chef d'accusation, mais pas à l'égard d'un autre, la possibilité de verdicts incompatibles, le désir d'éviter multiplicité des instances, l'utilisation de la preuve de faits similaires au procès, la durée du procès compte tenu de la preuve à produire, le préjudice que l'accusé risque de subir quant au droit d'être jugé dans un délai raisonnable et l'existence de moyens de défense diamétralement opposés entre coaccusés : *R. c. E. (L.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 228 (C.A. Ont.), p. 238; *R. c. Cross*, [1996] J.Q. n° 3761 (QL) (C.A.), par. 39; *R. c. Cuthbert* (1996), 106 C.C.C. (3d) 28 (C.A.C.-B.), par. 9, conf. par [1997] 1 R.C.S. 8 (*sub nom. R. c. C. (D.A.)*).

[19] Monsieur Last centre son argument sur le premier motif d'intervention énoncé dans *Litchfield*. Il affirme que le juge de première instance a agi contrairement aux normes judiciaires en rejetant la demande de séparation des chefs d'accusation et que la décision a causé une injustice. En particulier, il soutient que le juge a commis une erreur de principe, d'une part, en rejetant — au motif qu'elle était vague — son intention de témoigner à l'égard de seulement un des deux ensembles de chefs d'accusation, n'ayant pas ainsi apprécié raisonnablement l'absence d'avantages sur le plan de

the relevant factors can only lead to a conclusion that the counts ought to be severed.

[20] The Crown submits that the trial judge acted judicially in deciding that the interests of justice did not require severance in Mr. Last's case. The Crown submits that there was a diminished risk of prejudice to Mr. Last arising from a single trial of the multiple counts and, moreover, that it was open to the trial judge not to sever the counts since any prejudice could be minimized through an appropriate jury instruction limiting the use of evidence.

[21] Since the trial judge enjoys a broad discretion in deciding whether to sever or not, a reviewing court should only intervene on the ground of unjudicial ruling if the judge erred on a question of law or made an unreasonable decision. I will review first the accused's submission that the dismissal of his intention to testify resulted in an unjudicial ruling and then turn to the prejudicial effect of trying all counts together, and the minimal benefits of a joint trial to the administration of justice. I will end the analysis by reviewing the weighing exercise conducted by the trial judge.

3.2 *The Accused's Intention to Testify*

[22] During submissions at the severance hearing, defence counsel indicated to the trial judge that "There is a larger probability or greater probability . . . that the accused would testify with respect to [the S.M.] charge than on the other charge which is dependent more heavily on other evidence" (A.R., at p. 51). The trial judge nevertheless found that the

l'administration de la justice qui découlent de l'instruction conjointe des chefs d'accusation et, d'autre part, en concluant que le préjudice subi était négligeable. Selon M. Last, l'appréciation raisonnable des facteurs pertinents ne peut mener qu'à la conclusion que les chefs d'accusation devraient être séparés.

[20] Le ministère public affirme que le juge de première instance a agi conformément aux normes judiciaires en décidant que les intérêts de la justice n'exigent pas la séparation des chefs d'accusation dans le cas de M. Last. Selon lui, le risque que celui-ci subisse un préjudice du fait de la tenue d'un seul procès pour des chefs d'accusation multiples était atténué et, de plus, il était loisible au juge de première instance de ne pas séparer les chefs d'accusation puisque tout préjudice pouvait être minimisé grâce à des directives au jury qui limitent l'utilisation de la preuve.

[21] Comme le juge de première instance jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour décider s'il doit ou non séparer les chefs, le tribunal de révision ne doit intervenir au motif qu'il s'agit d'une décision contraire aux normes judiciaires que si le juge a commis une erreur sur une question de droit ou a rendu une décision déraisonnable. J'examinerai d'abord le moyen invoqué par l'accusé selon lequel le rejet de son intention de témoigner a donné lieu à une décision contraire aux normes judiciaires, puis l'effet préjudiciable occasionné par l'instruction de tous les chefs d'accusation dans un seul procès et les avantages minimes que représente sur le plan de l'administration de la justice une instruction conjointe. Je terminerai l'analyse par un examen de l'exercice d'appréciation effectué par le juge de première instance.

3.2 *L'intention de l'accusé de témoigner*

[22] Au cours des plaidoiries à l'audience sur la séparation des chefs d'accusation, l'avocat de la défense a fait savoir au juge de première instance qu'[TRADUCTION] « il était plus probable [. . .] que l'accusé témoigne à l'égard de l'accusation [relative à S.M.] plutôt qu'à l'égard de l'autre accusation, qui dépendait davantage d'autres éléments de preuve »

“point was taken so vaguely as not to constitute a significant factor in this case” (A.R., at p. 80).

[23] Before this Court the parties raise the issue of the appropriate weight to give, on a severance motion, to the accused’s intention to testify. Mr. Last submits that severance should be “strongly favoured” where the following two requirements are met: (1) the accused expresses an intention to testify on one count but not the other; and (2) the accused provides an explanation for that intention that is objectively justifiable. In his view, *Charter* values support this twofold approach. Mr. Last submits that he satisfied both requirements in this case and that the trial judge erred in principle by not giving this factor any weight.

[24] The Crown submits that in order for an accused’s intention to testify to be given significant weight on a severance application, the following requirements must be met: the accused should assert a clear and positive intention to testify on some counts and not others; and the accused should provide a sufficient explanation as to why she or he intends to testify on some counts and not others. With respect to the first requirement, the Crown submits that it should be open to a trial judge to give little or no weight to a simple assertion on the part of an accused of an intention to testify on some counts and not others. The Crown rejects a test that would make the assertion of an intention to testify a determining factor. With respect to the second requirement, the Crown notes that the burden lies with the accused to convince the trial judge on the balance of probabilities that the interests of justice require severance. Accordingly, the accused ought to be required to demonstrate why his or her testimonial intention should be given significant weight on the motion.

(d.a., p. 51). Le juge a néanmoins conclu que le [TRADUCTION] « point avait été soulevé de façon tellement vague qu’il ne constituait pas un facteur important en l’espèce » (d.a., p. 80).

[23] Devant la Cour, les parties soulèvent la question du poids à accorder, dans le cadre d’une requête en instruction séparée, à l’intention de l’accusé de témoigner. Monsieur Last fait valoir que la séparation des chefs d’accusation doit être [TRADUCTION] « fortement favorisée » lorsque les deux exigences suivantes sont satisfaites : (1) l’accusé exprime son intention de témoigner à l’égard de seulement un des deux chefs d’accusation; (2) l’accusé fournit une explication objectivement justifiable quant à cette intention. Selon lui, les valeurs exprimées dans la *Charte* appuient cette approche à deux volets. Il soutient qu’il a satisfait aux deux exigences en l’espèce et que le juge de première instance a commis une erreur de principe en n’accordant aucun poids à ce facteur.

[24] Le ministère public affirme toutefois que, dans le cadre d’une demande de séparation de chefs d’accusation, pour qu’il soit accordé un poids important à l’intention de l’accusé de témoigner, les exigences suivantes doivent être respectées : l’accusé doit faire part d’une intention claire et arrêtée de témoigner à l’égard de seulement certains chefs d’accusation; l’accusé doit expliquer de façon satisfaisante pourquoi il entend procéder ainsi. S’agissant de la première exigence, le ministère public soutient qu’il devrait être libre au juge de première instance d’accorder peu ou pas de poids à une simple déclaration de l’accusé quant à son intention de témoigner à l’égard de seulement certains chefs d’accusation. Le ministère public rejette un critère qui ferait d’une déclaration d’intention de témoigner un facteur déterminant. Pour ce qui est de la seconde exigence, il souligne qu’il incombe à l’accusé de convaincre le juge de première instance, selon la prépondérance des probabilités, que les intérêts de la justice exigent la séparation des chefs d’accusation. À ce titre, l’accusé devrait être tenu de démontrer pourquoi, dans le cadre de la requête, il faudrait accorder un poids important à son intention de témoigner.

[25] In assessing the accused's testimonial intention on a severance application the underlying concern is for the accused's ability to control his defence, and, more specifically, his right to decide whether or not to testify with respect to each of the counts unimpaired by inappropriate constraints.

[26] Both the Crown and the defence submit that the accused's intention should be objectively justifiable. This requirement is, indeed, a threshold. The accused's expression should have both a subjective and an objective component. However, while a formulaic expression of a subjective intention is not sufficient in and of itself to discharge the accused's burden to have the counts severed, the trial judge should not substitute his or her own view for that of the accused and determine that the accused should testify or not. Rather, the trial judge must simply satisfy him- or herself that the circumstances objectively establish a rationale for testifying on some counts but not others. The burden on the accused is to provide the trial judge with sufficient information to convey that, objectively, there is substance to his testimonial intention. The information could consist of the type of potential defences open to the accused or the nature of his testimony: *Cross*, at p. 421. However, the accused is not bound by his stated intention; he remains free to control his defence, as the case unfolds, in a manner he deems appropriate.

[27] While an accused's provisional intention with respect to testifying is certainly a consideration which should be given significant weight, it is but one factor to be balanced with all the others. An accused's stated and objectively justifiable intention to testify on some but not all counts is not necessarily determinative of a severance application. It can be counterbalanced by other circumstances that the judge finds may prevent the accused from testifying, or be outweighed by factors that

[25] Dans le cadre d'une demande de séparation de chefs d'accusation, lorsqu'on évalue l'intention de l'accusé de témoigner, la préoccupation sous-jacente est la capacité de celui-ci à contrôler sa défense et, plus précisément, son droit de décider s'il témoignera ou non à l'égard de chacun des chefs d'accusation, et ce, sans subir quelque restriction que ce soit à cet égard.

[26] Le ministère public et la défense affirment tous deux que l'intention de l'accusé doit être objectivement justifiable. Cette exigence constitue, en effet, un seuil. L'expression par l'accusé de son intention doit avoir à la fois une composante subjective et une composante objective. Cependant, même si l'expression superficielle d'une intention subjective ne suffit pas en soi à libérer l'accusé de la charge de demander la séparation des chefs d'accusation, le juge de première instance ne doit pas substituer son opinion à celle de l'accusé et décider que celui-ci doit ou non témoigner. Le juge de première instance doit plutôt être tout simplement convaincu que les circonstances établissent objectivement une raison pour témoigner à l'égard de seulement certains chefs d'accusation. Le fardeau qui incombe à l'accusé consiste à fournir au juge de première instance assez de renseignements pour transmettre le message que, objectivement, son intention de témoigner est bien fondée. Les renseignements pourraient être le type de moyens de défense que l'accusé peut invoquer ou la nature de son témoignage : *Cross*, par. 50. Toutefois, l'accusé n'est pas lié par son intention déclarée; il demeure libre, au fur et à mesure que l'instruction avance, de contrôler sa défense de la façon qu'il juge appropriée.

[27] Certes, l'intention provisoire d'un accusé au sujet de son témoignage mérite qu'on lui accorde un poids important, mais elle n'est qu'un des facteurs qui doit être soupesé par rapport aux autres. Son intention déclarée et objectivement justifiable de témoigner à l'égard de seulement certains chefs d'accusation n'est pas nécessairement déterminante dans une demande de séparation de chefs d'accusation. Elle peut être contrebalancée par d'autres circonstances qui, selon le juge, peuvent empêcher

demonstrate that the interests of justice require a joint trial.

[28] During the severance hearing counsel for the defence explained to the trial judge, albeit briefly, that Mr. Last was more likely to testify in respect of the S.M. counts since the issue was whether the sexual intercourse was consensual or not, and was therefore highly dependent on S.M.'s word against Mr. Last's. Defence counsel at trial did not further elaborate on Mr. Last's position, other than to say that the M.A. counts were "dependent more heavily on other evidence". However, the suggestion before the Court of Appeal and this Court was that Mr. Last was less likely to testify with respect to the M.A. counts since they involved an issue of identification.

[29] While defence counsel could reasonably argue that the M.A. counts called for a distinct theory of the case from the S.M. counts, it is to be noted that the likelihood Mr. Last may feel strategically compelled to testify with respect to the M.A. counts as well as the S.M. counts could not be discounted. The Crown's evidence implicating Mr. Last on the M.A. counts was not insignificant given Mr. Last's admission that he was in her apartment just prior to the assault and M.A.'s identification of Mr. Last as her assailant. It was thus fairly probable he would have to testify in order to put forward his theory of the case — that it was someone else who entered M.A.'s apartment and committed the assault. Such a testimonial outcome was discernable at the time of the severance application.

[30] I conclude that although Mr. Last's intention to testify on one set of counts and not the other was objectively justifiable, it did not constitute, in this

l'accusé de témoigner ou même peser moins lourd dans la balance que des facteurs qui démontrent que les intérêts de la justice exigent la tenue d'une instruction conjointe.

[28] Au cours de l'audience sur la séparation des chefs d'accusation, l'avocat de la défense a expliqué au juge de première instance, quoique brièvement, que M. Last était plus susceptible de témoigner à l'égard des chefs d'accusation relatifs à S.M. car la question en litige consistait à savoir si les rapports sexuels avaient été consensuels ou non et dépendait donc en grande partie de la parole de S.M. contre celle de M. Last. L'avocat de la défense au procès ne s'est pas étendu davantage sur la position de M. Last. Il s'est contenté d'affirmer que les chefs d'accusation relatifs à M.A. [TRADUCTION] « dépendaient davantage d'autres éléments de preuve ». Toutefois, en Cour d'appel et maintenant devant la Cour, on a laissé entendre que M. Last était moins susceptible de témoigner à l'égard des chefs d'accusation relatifs à M.A. car ils comportaient une question d'identification.

[29] Bien que l'avocat de la défense pût raisonnablement soutenir que la thèse pour les chefs d'accusation relatifs à M.A. doit être distincte de celle pour les chefs d'accusation relatifs à S.M., il convient de souligner qu'on ne peut écarter la probabilité que M. Last ait pu se sentir obligé, du point de vue stratégique, de témoigner à l'égard des chefs d'accusation relatifs à M.A. ainsi qu'à l'égard de ceux relatifs à S.M. La preuve du ministère public incriminant M. Last quant aux chefs d'accusation relatifs à M.A. n'était pas négligeable compte tenu de l'aveu de M. Last qu'il se trouvait dans l'appartement de cette dernière juste avant l'agression et compte tenu du fait que M.A. l'a identifié comme étant son agresseur. Il était donc assez probable qu'il ait à témoigner pour avancer sa thèse — à savoir que c'est une autre personne qui est entrée dans l'appartement de M.A. et qui a commis l'agression. Cette éventualité était prévisible au moment du dépôt de la demande de séparation des chefs d'accusation.

[30] Je conclus que, même si l'intention de M. Last de témoigner à l'égard de seulement un des deux ensembles de chefs d'accusation était

case, a significant factor in view of the likelihood that his decision whether or not to testify would be the same in relation to both sets of counts.

3.3 *Nexus Between the Two Incidents*

[31] Another factor to be considered on a severance application is whether there is any legal or factual nexus between the counts. The trial judge found there was a nexus in time and place between the two sets of charges because the two assaults giving rise to the charges occurred in the city of London, approximately one month apart. The dissent in the Court of Appeal, however, found the nexus between the two counts to be “exceedingly weak”:

Factually, the two cases involve different complainants. They occurred in different locations. They occurred approximately one month apart.

Legally, both sets of counts relate to sexual assault, but they raise different legal issues. In the S.M. case, the legal issue was consent, and in the M.A. case the issue was identification.

None of the evidence on one set of cases was relevant or admissible on the other. At trial, the Crown agreed that none of the evidence qualified as similar fact evidence. [paras. 127-29]

[32] I agree with the dissenting judge that the factual and legal nexus between the two sets of counts is extremely thin. The fact that the two incidents occurred in London approximately one month apart is of very limited significance in this case. This was the city where Mr. Last resided and worked. The attacks on the women were not closely connected in any meaningful way. While the charges were similar, the theory of the defence was completely different: consent was at issue in one and identification in the other. The theory of the Crown that the two incidents were part of the same transaction was not supported by the facts. Rather, the attacks

objectivement justifiable, elle ne constituait pas, en l’espèce, un facteur important, compte tenu de la probabilité que sa décision de témoigner ou non resterait la même à l’égard des deux ensembles.

3.3 *Le lien entre les deux événements*

[31] Autre facteur dont il faut tenir compte dans l’examen d’une demande de séparation de chefs d’accusation : la question de savoir s’il existe un lien juridique ou factuel entre les chefs d’accusation. Le juge de première instance a conclu à l’existence d’un lien entre les deux ensembles de chefs d’accusation pour ce qui est des moments et des lieux parce que les deux agressions donnant lieu aux chefs d’accusation se sont produites dans la ville de London, à environ un mois d’intervalle. Toutefois, dans les motifs dissidents de la Cour d’appel, il a été conclu que le lien entre les deux chefs d’accusation était [TRADUCTION] « extrêmement ténu » :

[TRADUCTION] Dans les faits, les deux affaires mettent en cause des plaignantes différentes. Elles se sont produites dans des endroits différents. Elles surviennent à environ un mois d’intervalle.

Juridiquement, les deux ensembles d’accusations ont trait à une agression sexuelle, mais ils soulèvent des questions juridiques différentes. Dans l’affaire S.M., la question juridique porte sur le consentement et dans l’affaire M.A., sur l’identification.

Aucun élément de preuve relatif à une affaire ne se rapporte à l’autre ou est admissible dans l’autre. Au procès, le ministère public a reconnu qu’aucun des éléments de preuve ne constituait une preuve de faits similaires. [par. 127-129]

[32] Je conviens avec le juge dissident que le lien factuel et juridique entre les deux ensembles de chefs d’accusation est extrêmement ténu. Le fait que les deux événements se sont produits à London à environ un mois d’intervalle a très peu d’importance en l’espèce. Il s’agit de la ville où M. Last résidait et travaillait. Les agressions commises contre les femmes n’étaient pas étroitement liées. Malgré les chefs d’accusation, la thèse de la défense était complètement différente : dans l’une, c’est le consentement qui est en litige, alors que dans l’autre, c’est l’identification. La thèse du ministère public selon laquelle les deux événements faisaient

were separate incidents. The trier of fact would not need to know about one in order to understand the other. The circumstances surrounding the charges were not sufficiently similar in character to have supported a similar fact evidence application. Accordingly, there was no truth-seeking interest in trying the counts together.

[33] In many cases a ruling allowing similar fact evidence will favour a joint trial since the evidence on all incidents would have to be introduced in any event. However, in view of the different burden in a similar fact evidence application, the issue has to be considered carefully in the context of a severance motion. As said in *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, at para. 52:

However, where the similar acts are alleged as part of a multi-count indictment, the consideration of the admissibility of similar fact evidence will have to be taken into account in deciding whether the counts should be severed. Nevertheless, the trial judge should be careful not to confuse admissibility with severance. A motion to sever under s. 591(3)(a) of the *Code* must be brought by the accused, who bears the burden of establishing on a balance of probabilities that the interests of justice require an order for severance. Yet the burden of demonstrating that similar fact evidence should be admitted must be borne by the Crown. These respective burdens may involve the consideration of similar factors, but as Lord Scarman noted in *R. v. Scarrott* (1977), 65 Cr. App. R. 125 (C.A.), at p. 135, “[i]t does not follow that because a multi-count indictment has been allowed to proceed that therefore the evidence given will be evidence on all the counts contained in the indictment”. Thus, to paraphrase the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Khan* (1996), 49 C.R. (4th) 160, at p. 167, notwithstanding the trial judge’s refusal to sever the counts in a multi-count indictment, it remains open to him or her, as the evidence progresses at trial, to determine as a matter of law that evidence on one count is not admissible as similar fact evidence on the other counts. The assessment of similar fact evidence and the determination of its probative value and admissibility places an onerous burden on the trial

partie de la même affaire n’était pas étayée par les faits. Au contraire, les agressions étaient des événements distincts. Le juge des faits n’a pas besoin de connaître une affaire pour pouvoir comprendre l’autre. Les circonstances des chefs d’accusation n’étaient pas de nature suffisamment semblable pour justifier une demande de preuve de faits similaires. Par conséquent, la recherche de la vérité ne justifiait pas la jonction des chefs d’accusation.

[33] Dans bien des cas, une décision accueillant une preuve de faits similaires favorisera la tenue d’une instruction conjointe car les éléments de preuve relatifs à l’ensemble des événements doivent être produits de toute façon. Toutefois, compte tenu du fardeau différent dans une demande de preuve de faits similaires, la question doit être examinée attentivement dans le contexte d’une requête en séparation des chefs d’accusation. Comme il est dit dans *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, par. 52 :

Toutefois, lorsque les actes similaires allégués font partie d’un acte d’accusation reprochant plusieurs chefs, la question de l’admissibilité d’une preuve de faits similaires devra être prise en considération pour décider s’il convient de séparer les chefs d’accusation. Néanmoins, le juge du procès devrait prendre soin de ne pas confondre la question de l’admissibilité et celle de la séparation des chefs d’accusation. Une requête sollicitant la tenue de procès distincts fondée sur l’al. 591(3)a) du *Code* doit être présentée par l’accusé, lequel a alors le fardeau d’établir, selon la prépondérance des probabilités, que les intérêts de la justice exigent une ordonnance en ce sens. Cependant, c’est au ministère public qu’il appartient de démontrer que la preuve de faits similaires devrait être admise. Ces fardeaux respectifs peuvent entraîner l’examen de facteurs similaires, mais comme l’a souligné lord Scarman dans l’arrêt *R. c. Scarrott* (1977), 65 Cr. App. R. 125 (C.A.), à la p. 135, [TRADUCTION] « [c]e n’est pas parce qu’on a permis qu’un acte d’accusation comportant plusieurs chefs d’accusation reste intact qu’il sera, de ce fait, présenté des éléments de preuve à l’égard de tous les chefs reprochés dans l’acte ». Par conséquent, pour paraphraser la Cour d’appel du Manitoba dans *R. c. Khan* (1996), 49 C.R. (4th) 160, à la p. 167, même si le juge du procès refuse d’ordonner la tenue de procès distincts sur les divers chefs reprochés dans un acte d’accusation, rien ne l’empêche, au fur et à mesure de la présentation de

judge. It is a task that must be undertaken with great care.

[34] In the case at bar, an issue facing the trial judge at the time of the severance hearing was the fact that the Crown indicated that it wanted to wait until the conclusion of its evidence before making a similar fact evidence application. There is no procedural rule requiring the Crown to bring the similar fact evidence application at the time of the severance application: see D. Watt, *Watt's Manual of Criminal Evidence* (2009), at § 34.02. Given that the assessment of the similar fact evidence application can be a difficult task, in many cases such an assessment may be best done once all of the Crown's evidence has been tendered. However, in this case, the acts complained of did not come close to having the requisite "high degree of similarity" that would have rendered "the likelihood of coincidence objectively improbable": *Arp*, at para. 43; see also *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908. Therefore it was clear at the severance motion that a similar fact application was not likely to succeed. Indeed, in his reasons, the trial judge did not rely on the possibility of a similar fact evidence application for denying severance.

[35] In summary, the nexus in this case was so tenuous as to hardly bear any weight in favour of a joint trial.

3.4 *Risk of Prejudice to the Accused*

[36] Mr. Last identifies two sources of prejudice in trying the counts together, and submits that the trial judge's failure to accord significant weight to this factor constituted an error in principle. First, the joinder created the potential for cross-pollination on

la preuve au procès, de décider, en tant que question de droit, que la preuve relative à un chef d'accusation n'est pas admissible comme preuve de faits similaires à l'égard des autres chefs d'accusation. L'appréciation d'une preuve de faits similaires et la détermination de sa valeur probante et de son admissibilité imposent au juge du procès une lourde tâche, tâche qui doit être accomplie avec beaucoup de soin.

[34] En l'espèce, au moment de l'audience sur la séparation des chefs d'accusation, le juge de première instance se trouvait confronté au problème que posait l'affirmation du ministère public qu'il voulait attendre jusqu'à la conclusion de sa preuve pour présenter une demande de preuve de faits similaires. Aucune règle procédurale n'exige que le ministère public présente une telle demande au moment de la requête en séparation des chefs d'accusation : voir D. Watt, *Watt's Manual of Criminal Evidence* (2009), § 34.02. Comme l'appréciation d'une telle demande de preuve peut se révéler une tâche difficile, il vaut mieux, dans bien des cas, procéder à l'appréciation après que le ministère public a produit l'ensemble de sa preuve. Toutefois, en l'espèce, les actes reprochés ne présentaient pas un « haut degré de similitude » au point qu'il rend une « coïncidence objectivement improbable » : *Arp*, par. 43; voir aussi *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908. Par conséquent, il était manifeste au moment de la requête en séparation des chefs d'accusation qu'une demande de preuve de faits similaires ne serait probablement pas accueillie. D'ailleurs, dans ses motifs, le juge de première instance ne s'est pas fondé sur la possibilité d'une demande de preuve de faits similaires pour rejeter la demande de séparation des chefs d'accusation.

[35] En résumé, le lien en l'espèce était tellement ténu qu'il ne faisait pas pencher la balance en faveur d'une instruction conjointe.

3.4 *Le risque de préjudice pour l'accusé*

[36] Monsieur Last relève deux sources de préjudice que présente l'instruction conjointe des chefs d'accusation et soutient que le juge de première instance, en n'accordant pas un poids important à ce facteur, a commis une erreur de principe.

credibility assessments. The existence of two complainants who had no relation to each other alleging two separate incidents of sexual assault created a risk that the credibility of each complainant would be bolstered. Similarly, if the jury found Mr. Last not credible while testifying with respect to one set of counts, the jury might presume that he was also not credible with respect to the other. Second, the joinder created a risk that the jury would engage in prohibited propensity reasoning. If the jury were to find that the Crown had satisfied the burden of proof for one set of offences, the jury might infer that Mr. Last was the kind of person who would commit these types of crimes and thereby convict him of the second set of offences.

[37] The Crown submits that there was a relatively diminished risk of prejudice to Mr. Last that the trier of fact would engage in impermissible credibility bolstering or propensity reasoning. The Crown notes that the nature of both the proceedings and the evidence was relatively simple and straightforward. Since the cases did not involve similar fact evidence, the jury would not be instructed to pool the evidence on one set of counts with the evidence from the other set, and could therefore easily maintain the evidence in each case strictly separate.

[38] Moreover, the Crown submits that the two sets of complaints were of relatively similar severity, and thus there was little danger that one set of counts would trigger a substantially greater degree of revulsion in the jury than the other.

[39] The Crown's position minimizes the differences between the two incidents. There is no question that there is inherent violence in any sexual assault. However, to say that the two events were similar is to mischaracterize them.

[40] The significant risk of propensity reasoning to the accused cannot be understated. The severity

Premièrement, la réunion des chefs d'accusation créait la possibilité de pollinisation croisée pour les évaluations de la crédibilité. L'existence de deux plaignantes sans aucun lien entre elles qui allèguent deux agressions sexuelles distinctes risque de renforcer la crédibilité de chacune des plaignantes. De même, si le jury concluait que M. Last n'était pas crédible dans son témoignage sur l'un des ensembles de chefs d'accusation, il pouvait présumer qu'il n'était pas crédible au sujet de l'autre ensemble. Deuxièmement, la réunion des chefs d'accusation créait le risque que le jury se livre à un raisonnement fondé sur la propension, lequel est interdit. Si le jury concluait que le ministère public s'était acquitté du fardeau de la preuve qui lui incombait quant à un ensemble d'infractions, il pouvait déduire que M. Last était le genre de personne capable de commettre ces types de crime et, ainsi, le déclarer coupable du second groupe d'infractions.

[37] Selon le ministère public, M. Last courait le risque relativement atténué de subir un préjudice du fait que le juge des faits se livre à un exercice inadmissible de renforcement de la crédibilité ou de raisonnement fondé sur la propension. Il souligne que la nature des instances et de la preuve était relativement simple et claire. Comme les affaires ne comportaient aucune preuve de faits similaires, le jury ne recevrait pas comme directive de regrouper la preuve relative à un ensemble de chefs d'accusation et celle concernant l'autre ensemble et pourrait donc ainsi facilement traiter séparément les preuves se rapportant à chacune des affaires.

[38] De plus, le ministère public fait valoir que les deux ensembles de plaintes étaient d'une gravité relativement semblable et qu'il y avait donc peu de danger que l'un d'eux suscite chez le jury une plus forte réaction négative que l'autre.

[39] La position du ministère public minimise les différences entre les deux événements. Il ne fait aucun doute que toute agression sexuelle comporte de la violence. Toutefois, affirmer que les deux événements sont similaires équivaut à les dénaturer.

[40] On ne peut minimiser l'important risque que représente pour l'accusé le raisonnement fondé

of the injuries in M.A.'s case and the telling pictorial representation of those injuries, together with the testimonies of the experts, made the evidence in this case much more visual than in S.M.'s case. On the other hand, the alleged threat with a gun and repeated sexual assault on the night of S.M.'s 19th birthday with the ensuing inherent psychological and emotional distress, if joined with the counts in M.A.'s case, seriously invited the possibility that the jury would engage in impermissible credibility bolstering and prohibited propensity reasoning. As pointed out by defence counsel, the jury would inevitably wonder why two complainants who did not know each other would independently accuse Mr. Last of sexual assault. Furthermore, if the jury was convinced beyond a reasonable doubt that Mr. Last had committed sexual assault on one victim, the jury would be inclined to reason that Mr. Last had the propensity for committing this type of offence and convict on the other. Indeed, the trial judge implicitly recognized the potential prejudice to the accused, but felt that he could cure any resulting prejudice with a limiting instruction (A.R., at p. 79). I will later comment further on the limiting instruction.

3.5 *Minimal Benefit to the Administration of Justice*

[41] Another factor to consider is the benefit enuring to the administration of justice from holding a joint trial. As mentioned earlier, this is not a case where the evidence of one assault would have to be introduced at the trial of the other. The assaults did not bear the markers of similar fact evidence. Consequently, considering the unlikelihood of a successful similar fact application, the gains in judicial economy usually achieved from avoiding multiple proceedings were absent in this case.

[42] Moreover, there was no overlap in evidence or key witnesses, such as complainants or expert

sur la propension. La gravité des blessures subies par M.A. et les photos révélatrices de ces blessures, conjuguées avec les témoignages des experts, ont eu pour conséquence de rendre la preuve dans cette affaire beaucoup plus visuelle que dans l'affaire S.M. Par ailleurs, jointes aux chefs d'accusation dans l'affaire M.A. la menace d'arme à feu et les agressions sexuelles répétées qui auraient eu lieu le soir des 19 ans de S.M., ainsi que la détresse psychologique et émotionnelle inhérente qui s'en est suivie, a sérieusement créé la possibilité que le jury se livre à un exercice inadmissible de renforcement de la crédibilité et à un exercice interdit de raisonnement fondé sur la propension. Comme l'a souligné l'avocat de la défense, le jury se demanderait inévitablement pourquoi deux plaignantes qui ne se connaissent pas accuseraient, chacune de leur côté, M. Last d'agression sexuelle. De plus, si le jury était convaincu hors de tout doute raisonnable que M. Last avait commis une agression sexuelle contre une victime, il serait porté à croire que M. Last avait une propension à commettre ce type d'infraction et le déclarerait coupable pour l'autre infraction. D'ailleurs, le juge de première instance a implicitement reconnu la possibilité de préjudice pour l'accusé, mais il a estimé qu'il pourrait y remédier par une directive restrictive au jury (d.a., p. 79). Je discuterai plus loin de la directive restrictive.

3.5 *Avantage minime sur le plan de l'administration de la justice*

[41] Il faut également examiner en quoi la tenue d'une instruction conjointe serait avantageuse sur le plan de l'administration de la justice. Comme il a déjà été mentionné, il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où la preuve concernant une agression doit être introduite à l'instruction relative à l'autre agression. Les agressions ne comportaient pas les caractéristiques requises pour une preuve de faits similaires. Par conséquent, vu la faible possibilité qu'une demande de preuve de faits similaires soit accueillie, l'économie des ressources judiciaires qu'on réalise habituellement en évitant la tenue d'instances multiples était nulle en l'espèce.

[42] De plus, il n'y avait aucun chevauchement en matière de preuve ou de témoin clé, comme

witnesses. Indeed, only some of the investigating officers would likely have testified on both sets of counts and even then their evidence would not have overlapped. The benefits to the administration of justice in trying the counts together were thus minimal.

3.6 *Balancing the Factors and Assessing the Interests of Justice*

[43] In his weighing of the interests of justice, the trial judge referred to a few factors: nexus, general prejudice to the accused, the possibility that the accused would testify on one set of counts but not the other, and multiplicity of proceedings. As mentioned earlier, he found the nexus weighed in favour of a joint trial when this factor should have been given very little weight. In addition he took the view that a limiting instruction would “avoid any meaningful possibility of prejudice” without assessing the benefits to the administration of justice. Finally, he observed that “[t]he purpose of joining counts, of course, is to avoid multiplicity, and it would be a rare thing for that criterion alone to tell in favour of severance” (A.R., at p. 80). This last statement, in my view, does not come close to the analysis of the benefits to the administration of justice mandated on a severance application.

[44] It was incumbent upon the trial judge to consider and weigh cumulatively all the relevant factors to determine whether the interests of justice require severance. In this case, although Mr. Last was likely to testify on both incidents, the risk of prejudice to Mr. Last in having a joint trial was nevertheless significant because of the dangers of credibility cross-pollination and prohibited propensity reasoning. In other circumstances, after balancing all relevant factors, the interests of justice may have nevertheless required a joint trial. However, in this case, there was an absence of compelling countervailing reasons for having a joint trial. This

les plaignantes ou les témoins experts. En effet, seuls quelques policiers enquêteurs auraient probablement témoigné à l'égard des deux ensembles de chefs d'accusation et, même dans ce cas, il n'y aurait eu aucun chevauchement dans leurs témoignages. L'instruction conjointe des chefs d'accusation ne présentait donc que très peu d'avantages sur le plan de l'administration de la justice.

3.6 *Pondération des facteurs et appréciation des intérêts de la justice*

[43] Dans le cadre de son appréciation des intérêts de la justice, le juge de première instance a mentionné un certain nombre de facteurs : le lien, le préjudice général pour l'accusé, la possibilité que l'accusé témoigne à l'égard de seulement un des deux ensembles de chefs d'accusation et la multiplicité des instances. Comme nous l'avons vu, il a conclu que le lien militait en faveur d'une instruction conjointe alors qu'il aurait fallu accorder très peu de poids à ce facteur. De plus, il estimait qu'une directive restrictive [TRADUCTION] « permettrait d'éviter toute possibilité de préjudice significative », et ce, sans apprécier les avantages sur le plan de l'administration de la justice. Enfin, il a fait observer que [TRADUCTION] « [l]e but de la réunion des chefs d'accusation est, évidemment, d'éviter la multiplicité, et il est rare que ce critère à lui seul joue en faveur de la séparation » (d.a., p. 80). Cette dernière déclaration, selon moi, est loin d'équivaloir à l'analyse des avantages pour l'administration de la justice qui est requise dans le cas d'une demande de séparation.

[44] Il incombait au juge de première instance d'examiner et d'apprécier cumulativement les facteurs pertinents afin de déterminer si les intérêts de la justice exigeaient la séparation des chefs d'accusation. En l'espèce, bien que M. Last eût probablement témoigné à l'égard des deux événements, le risque qu'il subisse un préjudice par suite d'une instruction conjointe était néanmoins important en raison du danger que l'évaluation de la crédibilité dans un dossier pollinise l'autre et du danger de raisonnement interdit fondé sur la propension. Dans d'autres circonstances, après pondération de tous les facteurs importants, les intérêts de la justice

case did not pose a risk of inconsistent verdicts, nor did it involve substantial overlap in witness testimony or other evidence. As stated by the dissenting judge, “the nature of the nexus between the counts in this case did not provide a reason why it was necessary, desirable or convenient to try the cases together” (para. 130). Indeed, a joint trial in the circumstances of this case did not serve any truth-seeking interest, and brought few if any benefits to the administration of justice.

[45] While the Crown argued that it was open to the trial judge to decide that a proper jury instruction can overcome any potential prejudice to Mr. Last, I agree with the dissenting judge below that this should be done only where there are sufficient countervailing factors providing a rationale for a joint trial:

Here, the countervailing factors in favour of trying these two sets of charges together were negligible and the reasons to sever were compelling. As a result, this was not a case to attempt to address the risk of prejudice by a jury instruction. [para. 155]

[46] Indeed, if a proper jury instruction were all that was needed to deal with potential prejudice to the accused, then prejudice would in a sense cease to be a relevant factor in the analysis. While a limiting instruction can *limit* the risk of inappropriate cross-pollination or propensity reasoning, courts should not resort to a limiting instruction unless there is a valid reason to do so. As with the accused’s intention to testify, the limiting instruction is but one factor in the balancing exercise.

[47] As previously stated, all the factors must be considered and weighed cumulatively. Here, most of the factors militated in favour of separate trials.

auraient peut-être exigé une instruction conjointe. Toutefois, en l’espèce, aucun motif impérieux ne militait en ce sens. La présente affaire ne comportait aucun risque de verdicts incompatibles ni aucun chevauchement substantiel dans les témoignages et les autres preuves. Comme l’a déclaré le juge dissident [TRADUCTION] « la nature du lien entre les chefs d’accusation en l’espèce ne justifie pas qu’il soit nécessaire, souhaitable ou pratique d’instruire les affaires ensemble » (par. 130). En effet, la tenue d’une instruction conjointe dans les circonstances de l’espèce n’a pas servi l’intérêt de la recherche de la vérité et n’a guère apporté d’avantage sur le plan de l’administration de la justice.

[45] Malgré l’affirmation du ministère public qu’il était libre au juge de première instance de décider qu’une directive adéquate au jury pouvait l’emporter sur tout préjudice que pourrait subir M. Last, je conviens avec le juge dissident cité ci-dessus que cela ne doit être fait que s’il y a suffisamment de facteurs opposés qui militent en faveur d’une instruction conjointe :

[TRADUCTION] En l’espèce, les facteurs opposés militent en faveur d’une instruction conjointe des deux ensembles de chefs d’accusation étaient négligeables et les motifs favorisant la séparation étaient convaincants. Par conséquent, il ne s’agissait pas d’un cas où il fallait tenter de remédier au problème du risque de préjudice par une directive au jury. [par. 155]

[46] En effet, si une directive appropriée au jury était tout ce dont on avait besoin pour régler le problème du préjudice qui pourrait être causé à l’accusé, alors le préjudice cesserait en quelque sorte d’être un facteur pertinent pour l’analyse. Même si les directives restrictives peuvent *limiter* le risque inadmissible de pollinisation croisée ou de raisonnement fondé sur la propulsion, les tribunaux ne devraient y recourir que s’il y a une raison valable de le faire. Tout comme l’intention de l’accusé de témoigner, la directive restrictive n’est que l’un des facteurs à prendre en compte lors de la pondération.

[47] Je le répète, tous les facteurs doivent être pris en considération et être soupesés cumulativement. En l’espèce, la plupart des facteurs militaient

Consequently, the significant risk of prejudice to the accused clearly outweighed any benefits to the administration of justice in trying the counts together. Failing to conduct a proper balancing of the relevant factors, the trial judge made an unreasonable decision. I therefore conclude that the trial judge acted unjudicially and that intervention is warranted.

[48] The Crown invites the Court to apply the curative proviso. The applicable rules were recently reviewed in *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, and there is no need to repeat them here. Suffice it to say that the burden on the Crown is to prove that despite the error of law, no substantial wrong or miscarriage of justice occurred — either because the error was so harmless that it could not have affected the verdict, or because the evidence adduced was so overwhelming that a conviction would have been inevitable. The Crown has not discharged its burden in this case. The evidence largely consists in testimonies that need to be appreciated by the triers of the facts and the evidence, viewed as a whole, does not allow the Court to conclude that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred. Consequently, this case is not one where the curative proviso should be applied.

4. Conclusion

[49] Since I have found that the trial judge acted unjudicially in denying severance, I would allow the appeal, set aside the convictions, and remit the matter to the Superior Court for the S.M. and the M.A. counts to be retried separately.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Ruby & Shiller, Toronto.

en faveur d'instructions distinctes. Par conséquent, l'important risque de préjudice pour l'accusé l'emportait nettement sur tout avantage que pourrait représenter sur le plan de l'administration de la justice la réunion des chefs d'accusation. En n'effectuant pas une pondération adéquate des facteurs pertinents, le juge de première instance a rendu une décision déraisonnable. Je conclus donc qu'il a agi contrairement aux normes judiciaires et que l'intervention est justifiée.

[48] Le ministère public invite la Cour à appliquer la disposition réparatrice. Les règles applicables ont récemment été examinées dans *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, et il n'est pas nécessaire d'y revenir. Il suffit de dire qu'il incombe au ministère public de prouver que, malgré l'erreur de droit, aucun tort important n'a été commis et aucune erreur judiciaire grave ne s'est produite — soit parce que l'erreur était tellement négligeable qu'elle n'aurait pas pu influé sur le verdict, soit parce que la preuve présentée était tellement accablante qu'une déclaration de culpabilité aurait été inévitable. Le ministère public ne s'est pas acquitté de ce fardeau en l'espèce. La preuve repose essentiellement sur des témoignages qui doivent être appréciés par le juge des faits et, considérée dans son ensemble, elle ne permet pas à la Cour de conclure qu'il n'est survenu aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave. Par conséquent, il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas d'application de la disposition réparatrice.

4. Conclusion

[49] Comme j'ai conclu que le juge de première instance a agi contrairement aux normes judiciaires en refusant la séparation des chefs d'accusation, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité et de renvoyer l'affaire devant la Cour supérieure pour que les chefs d'accusation relatifs à S.M. et à M.A. soient instruits de nouveau, séparément cette fois-ci.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appellant: Ruby & Shiller, Toronto.

*Solicitor for the respondent: Attorney General
of Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de
l'Ontario, Toronto.*

Minister of Justice of Canada *Appellant*

v.

Henry C. Fischbacher *Respondent*

INDEXED AS: CANADA (JUSTICE) v. FISCHBACHER

Neutral citation: 2009 SCC 46.

File No.: 32842.

2009: June 16; 2009: October 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Extradition — Surrender — Powers of Minister — Misalignment test — U.S. seeking F’s extradition on charge of first degree murder — Extradition judge committing F for offence of second degree murder finding insufficient evidence on one element of Canadian offence of first degree murder — Minister of Justice surrendering F for American offence of first degree murder — Whether Minister must ensure alignment between foreign offence upon which person sought ordered to be surrendered and evidence adduced before extradition judge at committal hearing.

F was indicted on a charge of first degree murder in Arizona in relation to the death of his wife. The United States requested his extradition. The Minister of Justice authorized the request, identifying the corresponding Canadian offence in the authority to proceed as “murder, contrary to s. 231 of the *Criminal Code*” without particularizing the crime as first or second degree murder. The Attorney General proceeded to a committal hearing and the extradition judge committed F for the offence of second degree murder, finding no evidence of planning and deliberation to justify a committal for first degree murder under Canadian law. No appeal was taken from the committal order. The Minister subsequently ordered F’s surrender to face trial for first degree murder in the United States. F sought judicial review of the Minister’s decision. The Court of Appeal held that the principle of double criminality was met but, applying the “misalignment test”,

Ministre de la Justice du Canada *Appelant*

c.

Henry C. Fischbacher *Intimé*

RÉPERTORIÉ : CANADA (JUSTICE) c. FISCHBACHER

Référence neutre : 2009 CSC 46.

N° du greffe : 32842.

2009 : 16 juin; 2009 : 16 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

Extradition — Remise à l’État requérant — Pouvoirs du ministre — Critère de la discordance — É.-U. demandant l’extradition de F pour meurtre au premier degré — Juge d’extradition ordonnant l’incarcération de F pour meurtre au deuxième degré après avoir jugé insuffisante la preuve de l’un des éléments de l’infraction de meurtre au premier degré en droit canadien — Ministre de la Justice ordonnant l’extradition de F pour l’infraction de meurtre au premier degré en droit américain — Le ministre est-il tenu à la concordance entre l’infraction punissable à l’étranger pour laquelle l’extradition de l’intéressé est ordonnée et la preuve produite devant le juge d’extradition à l’audience relative à l’incarcération?

F a été accusé de meurtre au premier degré en Arizona relativement au décès de sa femme. Les États-Unis ont demandé son extradition. Le ministre de la Justice a donné suite à la demande en prenant un arrêté introductif d’instance dans lequel il a indiqué que l’infraction canadienne correspondante était l’infraction de « meurtre prévue à l’art. 231 du *Code criminel* » sans préciser s’il s’agissait d’un meurtre au premier ou au deuxième degré. Le procureur général a demandé une audience relative à l’incarcération et le juge d’extradition a ordonné l’incarcération de F pour meurtre au deuxième degré en l’absence d’une preuve de préméditation et de propos délibéré pouvant justifier l’incarcération pour meurtre au premier degré en droit canadien. L’ordonnance d’incarcération n’a pas été portée en appel. Le ministre a ensuite ordonné que F soit extradé pour subir son procès pour meurtre au premier degré aux États-Unis. F a demandé le contrôle judiciaire de

it held that it was unreasonable to order F's surrender for first degree murder in the absence of evidence of the essential element of premeditation at the committal proceeding. The court allowed the application for judicial review and remitted the matter to the Minister for reconsideration.

Held: The appeal should be allowed and the Minister's surrender order restored.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The principle of double criminality codified in s. 3 of the *Extradition Act* has two components, one foreign and one domestic. The foreign component requires that the offence upon which extradition is requested be criminal in the requesting state and carry the specified penalty. The domestic aspect requires that the conduct underlying the foreign offence amount to a criminal offence under Canadian law with the specified penalty. Consistent with prevailing international practice and the principle of comity, Canada has adopted a conduct-based approach to determining double criminality and, as a result, it is not necessary that the Canadian offence described in the authority to proceed or the committal order "match" the foreign offence for which the person is sought or surrendered in name or in terms of its constituent elements; it is the essence of the offence that is important under the conduct-based approach. [4] [29]

The role of the Minister and the breadth of his discretion in extradition matters can only be understood with reference to the legislative scheme established by the Act. The Minister, by authorizing extradition proceedings, establishes that the foreign component of double criminality is satisfied. The function of an extradition hearing is to determine whether the domestic component of double criminality is met. The province of the extradition judge is limited to determining whether the evidence submitted at the committal hearing reveals conduct that would justify committal for trial in Canada for the crime listed in the authority to proceed, if the crime had occurred in Canada. The judge's role does not include any review of the foreign law. If the extradition judge concludes that the impugned conduct would amount to a criminal offence in Canadian law, the person sought must be committed for extradition. [35]

la décision du ministre. La Cour d'appel a statué que le principe de la double incrimination était respecté, mais elle a appliqué le critère de la « discordance » pour conclure qu'il était déraisonnable d'extrader F pour meurtre au premier degré en l'absence de preuve de l'élément essentiel de la préméditation à l'audience relative à l'incarcération. La cour a accueilli la demande de contrôle judiciaire et renvoyé l'affaire au ministre pour qu'il procède à un nouvel examen.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'arrêt d'extradition pris par le ministre est rétabli.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : Le principe de la double incrimination codifié à l'art. 3 de la *Loi sur l'extradition* comporte deux volets, l'un étranger et l'autre interne. Le volet étranger exige que l'infraction à l'origine de la demande d'extradition soit de nature criminelle dans l'État requérant et emporte la peine précisée. Le volet interne exige que les actes constituant l'infraction punissable à l'étranger correspondent à une infraction criminelle en droit canadien, sanctionnée par la peine précisée. Conformément à la pratique internationale courante et au principe de la courtoisie, le Canada a adopté une approche fondée sur la conduite pour l'application du principe de la double incrimination. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que l'infraction canadienne indiquée dans l'arrêt introductif d'instance ou dans l'ordonnance d'incarcération « corresponde » à l'infraction punissable à l'étranger pour laquelle l'extradition est demandée ou ordonnée, que ce soit par son appellation ou par ses éléments constitutifs; c'est l'essence de l'infraction qui importe selon l'approche fondée sur la conduite. [4] [29]

Le rôle et la portée du pouvoir discrétionnaire du ministre en matière d'extradition ne peuvent être compris qu'en regard du régime législatif établi par la Loi. En autorisant la tenue de l'audience relative à l'incarcération, le ministre établit que le volet étranger de la double incrimination est respecté. L'audition de la demande d'extradition vise à déterminer si le volet interne de la double incrimination est respecté. La compétence du juge se limite à déterminer si la preuve présentée à l'audience relative à l'incarcération révèle des actes qui justifieraient le renvoi à procès au Canada pour l'infraction indiquée dans l'arrêt introductif d'instance s'ils avaient été commis au Canada. Le rôle du juge d'extradition n'inclut aucun examen du droit étranger. Si le juge d'extradition conclut que la conduite reprochée équivaudrait à une infraction criminelle en droit canadien, l'intéressé doit être incarcéré en vue de son extradition. [35]

Following committal, the Minister reviews the case in its entirety to determine whether to order the individual's surrender, and if so, on what basis. This requires the Minister to determine whether it is politically appropriate and not fundamentally unjust to extradite the person sought. The Minister's general power to order or refuse surrender pursuant to s. 40(1) of the *Extradition Act* is subject to the provisions of the Act, the extradition treaty, and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Under s. 44(1)(a) of the Act, the Minister shall refuse to make a surrender order if he is satisfied that the surrender would be unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances. This requires the Minister to balance factors that militate in favour of surrender against those that counsel against it. If the Minister decides to surrender the person sought, his order under s. 58(b) must specify the offence or conduct for which the person is surrendered, but nothing in that section requires that the Minister match or "align" the surrender offence with that listed in the authority to proceed or the committal order, or with the evidence adduced at the hearing. [36-41]

The "misalignment" test is incompatible with three key components of extradition law. Requiring the Minister to assess the parity between the elements of the Canadian offence and the elements of the foreign offence amounts to adding an offence-based test for double criminality at the final stage of the extradition process, and is inconsistent with the Act and the extradition treaty. Further, for the Canadian authorities, judicial or executive, to evaluate a foreign state's decision to prosecute the person sought for a given offence, or to assess the sufficiency of the evidence adduced at the committal hearing against the elements of the foreign offence, would amount to second-guessing the foreign state's assessment of its own law and would offend the underlying principle of comity. Lastly, the "misalignment" test is inconsistent with the role of the extradition judge defined by s. 29 of the Act, which specifies that the judge is to consider only the domestic side of double criminality, looking for evidence in respect of each element of the Canadian offence listed in the authority to proceed. [49-53]

Since the Minister was under no obligation to apply a misalignment test, his failure to do so cannot provide a basis for interfering with the surrender decision. When the reasonableness of the Minister's surrender decision is assessed having regard to all relevant circumstances

Après l'incarcération, le ministre révisé le dossier en entier pour décider s'il ordonnera l'extradition de l'intéressé et, dans l'affirmative, sur quelle base. Dans le cadre de cet examen, le ministre doit déterminer s'il est approprié, sur le plan politique, et non fondamentalement injuste d'extrader l'intéressé. Le pouvoir général du ministre d'ordonner ou de refuser l'extradition en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur l'extradition* est assujéti aux dispositions de la Loi, du traité d'extradition et de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'alinéa 44(1)a) de la Loi oblige le ministre à refuser de prendre un arrêté d'extradition s'il est convaincu que l'extradition serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances. Pour décider si c'est le cas, le ministre doit mettre en balance les facteurs qui militent en faveur de l'extradition avec ceux qui y sont défavorables. Si le ministre décide d'extrader l'intéressé, l'al. 58b) exige qu'il précise dans son arrêté l'infraction ou les actes pour lesquels l'intéressé sera extradé, mais ne l'oblige pas à assurer la correspondance ou la « concordance » entre, d'une part, l'infraction visée par l'extradition et, d'autre part, celle indiquée dans l'arrêté introductif d'instance ou dans l'ordonnance d'incarcération, ou la preuve présentée à l'audience. [36-41]

Le critère de la « discordance » est incompatible avec trois éléments clés du droit de l'extradition. Exiger du ministre qu'il analyse la similitude entre les éléments de l'infraction punissable à l'étranger et ceux de l'infraction correspondante au Canada équivaut à ajouter un critère fondé sur l'infraction pour l'application du principe de la double incrimination à l'étape finale de la procédure d'extradition, ce qui est incompatible avec la Loi et le traité d'extradition. De plus, le fait pour les autorités canadiennes, judiciaires ou exécutives, d'évaluer la décision d'un État étranger de poursuivre un intéressé pour une infraction précise ou d'évaluer la suffisance de la preuve présentée à l'audience relative à l'incarcération par rapport aux éléments de l'infraction punissable à l'étranger équivaudrait à reconsidérer les conclusions de l'État étranger sur son propre droit et irait à l'encontre du principe sous-jacent de la courtoisie. Enfin, le critère de la « discordance » est incompatible avec le rôle du juge d'extradition défini à l'art. 29 de la Loi, qui précise que le juge doit examiner uniquement le volet interne de la double incrimination, en cherchant des éléments de preuve relativement à chacun des éléments de l'infraction correspondante au Canada indiquée dans l'arrêté introductif d'instance. [49-53]

Étant donné que le ministre n'est pas obligé d'appliquer le critère de la « discordance », son omission à cet égard ne saurait fonder l'annulation de sa décision d'ordonner ou non l'extradition. L'appréciation de la raisonabilité de la décision du ministre d'ordonner

and in accordance with the applicable provisions of the Act, there is no basis for interfering with his decision. [6] [58]

Per Fish J.: The Minister's broad discretion to order surrender is subject to judicial review pursuant to s. 57(7) of the *Extradition Act*. An absence of evidence on an undisputed element of the foreign offence for which surrender is ordered, without a reasonable explanation, may warrant judicial intervention. This view of the law is firmly rooted in an unbroken line of recent, unanimous appellate court decisions. An absence of evidence on an essential element of the foreign offence for which surrender is ordered is an absence of evidence that the offence was committed. Neither comity nor conduct-based double criminality authorizes a surrender for trial on an offence for which there is no evidence. The *Extradition Act* is intended to prevent this from occurring. [60-61] [63-64] [73]

To permit the Minister to turn a blind eye to a total absence of evidence on an element of the foreign offence would create a total disconnect between the judicial and executive functions under the Act. These are different, but they are meant to complement and not to contradict one another. The judge and not the Minister determines whether the evidence adduced at the extradition hearing would warrant committal to trial on the Canadian offence set out by the Minister in the authority to proceed if that conduct had occurred in Canada. The judicial determination of whether or not to commit a person sought for extradition is made without reference to the foreign offence, but where a committal order rests on findings of fact that necessarily relate to the conduct of both the Canadian offence and the offence for which extradition is sought, those findings cannot be disregarded by the Minister. [70] [72] [75]

It is not reasonable to surrender a person sought for extradition without an explanation if there is no dispute as to the essential elements of the foreign offence and there is complete lack of evidence on one or more of the elements. The Minister normally should provide the explanation, however it may also appear from the materials before the court. Here, the Minister's explanation for the surrender order was inadequate, but the record provided a sufficient explanation. The Minister had before him an indictment by a grand jury, a warrant of arrest signed by a Superior Court judge from Arizona, and a Certification of the Record of the Case by a Deputy County Attorney of that state attesting to

l'extradition au regard de toutes les circonstances pertinentes et conformément aux dispositions applicables de la Loi ne révèle aucune raison de la modifier. [6] [58]

Le juge Fish : L'exercice par le juge de son large pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'extradition est susceptible de révision conformément au par. 57(7) de la *Loi sur l'extradition*. L'absence de preuve d'un élément non contesté de l'infraction punissable à l'étranger pour laquelle l'extradition est ordonnée, sans explication raisonnable, peut justifier l'intervention du tribunal. Cette interprétation du droit trouve de solides assises dans une série ininterrompue d'arrêts récents et unanimes des juridictions d'appel. En l'absence de preuve d'un élément essentiel de l'infraction punissable à l'étranger pour laquelle l'extradition est ordonnée, il y a absence de preuve de la perpétration de l'infraction. Ni la courtoisie ni la double incrimination fondée sur la conduite n'autorisent l'extradition aux fins d'un procès pour une infraction à l'égard de laquelle il y a absence de preuve. La *Loi sur l'extradition* vise à éviter que cela se produise. [60-61] [63-64] [73]

Permettre au ministre de fermer les yeux sur une absence totale de preuve d'un élément de l'infraction punissable à l'étranger créerait une rupture totale entre les fonctions judiciaires et exécutives établies par la Loi. Ces fonctions sont distinctes, mais elles sont censées se compléter et non se contredire. C'est le juge et non le ministre qui détermine si la preuve produite lors de l'audience relative à l'incarcération justifierait le renvoi à procès pour l'infraction canadienne désignée par le ministre dans l'arrêt introductif d'instance, si les actes avaient été commis au Canada. Le juge décide d'ordonner ou non l'incarcération de l'intéressé sans égard à l'infraction punissable à l'étranger, mais lorsque l'ordonnance d'incarcération repose sur des conclusions de fait qui touchent nécessairement les actes inhérents à la fois à l'infraction canadienne et à l'infraction visée par la demande d'extradition, le ministre ne peut faire abstraction de ces conclusions. [70] [72] [75]

Il n'est pas raisonnable d'extrader un intéressé sans explication lorsque les éléments essentiels de l'infraction punissable à l'étranger ne sont pas contestés et qu'il y a absence totale de preuve sur un ou plusieurs de ces éléments. Le ministre devrait normalement fournir une explication, mais celle-ci peut aussi se dégager de la preuve produite. En l'espèce, le ministre n'a pas fourni d'explication suffisante, mais le dossier même en offre une. Le ministre avait devant lui un acte d'accusation rapporté par le grand jury, un mandat d'arrêt signé par un juge de la Cour supérieure de l'Arizona et une certification du dossier d'extradition signée par un sous-procureur du comté dans cet État attestant que

the sufficiency of the evidence to support a conviction for first degree murder. Nothing in the findings of the extradition judge pursuant to the committal proceedings in Canada is inconsistent with the grand jury indictment, the warrant issued by the Superior Court in Arizona, or the certified opinion of the Deputy County Attorney. In these circumstances, surrendering F to face trial for first degree murder was not unreasonable. [79-80] [85-86] [88]

Cases Cited

By Charron J.

Not followed: *United States of America v. Reumayr*, 2003 BCCA 375, 176 C.C.C. (3d) 377, leave to appeal refused, [2006] 1 S.C.R. xiv; *United States of America v. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403; *Canada (Minister of Justice) v. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393; *United States of America v. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481; *Karas v. Canada (Minister of Justice)*, 2007 BCCA 637, 233 C.C.C. (3d) 237; *Narayan v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 BCCA 280, 257 B.C.A.C. 121; **referred to:** *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *McVey (Re)*, [1992] 3 S.C.R. 475; *Norris v. Government of the United States of America*, [2008] UKHL 16, [2008] 2 All E.R. 1103; *United States of America v. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327; *Bonamie, Re*, 2001 ABCA 267, 293 A.R. 201; *United States of America v. Cobb*, 2001 SCC 19, [2001] 1 S.C.R. 587; *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *United States of America v. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97; *Canada (Minister of Justice) v. Reumayr*, 2005 BCCA 391, 199 C.C.C. (3d) 1; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *United States of America v. Kwok*, 2001 SCC 18, [2001] 1 S.C.R. 532; *Ross v. United States of America* (1994), 93 C.C.C. (3d) 500, aff'd [1996] 1 S.C.R. 469.

By Fish J.

Referred to: *Karas v. Canada (Minister of Justice)*, 2009 BCCA 1, 240 C.C.C. (3d) 293; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *United States of America v. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97; *United States of America v. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403; *Canada (Minister of Justice) v. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393; *United States of America v. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99, aff'd [1996] 1 S.C.R. 467; *United States of America v. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481;

la preuve était suffisante pour étayer une condamnation pour meurtre au premier degré. Aucune conclusion tirée par le juge d'extradition à l'issue de la procédure d'incarcération au Canada n'est incompatible avec la mise en accusation par le grand jury, le mandat lancé par la Cour supérieure en Arizona ou l'opinion certifiée du sous-procureur du comté. Dans les circonstances, il n'était pas déraisonnable d'extrader F afin qu'il subisse son procès pour meurtre au premier degré. [79-80] [85-86] [88]

Jurisprudence

Citée par le juge Charron

Arrêts non suivis : *United States of America c. Reumayr*, 2003 BCCA 375, 176 C.C.C. (3d) 377, autorisation de pourvoi refusée, [2006] 1 R.C.S. xiv; *United States of America c. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403; *Canada (Minister of Justice) c. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393; *United States of America c. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481; *Karas c. Canada (Minister of Justice)*, 2007 BCCA 637, 233 C.C.C. (3d) 237; *Narayan c. Canada (Minister of Justice)*, 2008 BCCA 280, 257 B.C.A.C. 121; **arrêts mentionnés :** *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *McVey (Re)*, [1992] 1 R.C.S. 475; *Norris c. Government of the United States of America*, [2008] UKHL 16, [2008] 2 All E.R. 1103; *United States of America c. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327; *Bonamie, Re*, 2001 ABCA 267, 293 A.R. 201; *États-Unis d'Amérique c. Cobb*, 2001 CSC 19, [2001] 1 R.C.S. 587; *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *United States of America c. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97; *Canada (Minister of Justice) c. Reumayr*, 2005 BCCA 391, 199 C.C.C. (3d) 1; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, 2001 CSC 18, [2001] 1 R.C.S. 532; *Ross c. United States of America* (1994), 93 C.C.C. (3d) 500, conf. par [1996] 1 R.C.S. 469.

Citée par le juge Fish

Arrêts mentionnés : *Karas c. Canada (Minister of Justice)*, 2009 BCCA 1, 240 C.C.C. (3d) 293; *Lake v. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *United States of America c. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97; *United States of America c. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403; *Canada (Minister of Justice) c. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393; *United States of America c. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99, conf. par [1996] 1 R.C.S. 467; *United States of America c. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481;

State v. Thompson, 204 Ariz. 471 (2003); *State v. Kiles*, 213 P.3d 174 (2009).

Statutes and Regulations Cited

Ariz. Rev. Stat. §§ 13-603, 13-604, 13-703, 13-710, 13-1105.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 231.

Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 3(1), (2), 15, 23(2), 29, 33, 40(1), 43(1), 44, 46, 47, 48(1), 57(2), (7), 58, 71.

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.1.

Treaties and Other International Instruments

Extradition Treaty between Canada and the United States of America, Can. T.S. 1976 No. 3, arts. 2, 9, 10.

Authors Cited

La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty and MacFarland J.J.A. and Kent J. (*ad hoc*), 2008 ONCA 571, 91 O.R. (3d) 401, 239 O.A.C. 211, 235 C.C.C. (3d) 45, [2008] O.J. No. 3029 (QL), 2008 CarswellOnt 4594, quashing a surrender order and remitting the matter to the Minister of Justice of Canada for further consideration. Appeal allowed.

Janet Henchey and Nancy Dennison, for the appellant.

Gregory Lafontaine and Vincenzo Rondinelli, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell J.J. was delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

[1] Henry Fischbacher was indicted on a charge of first degree murder by a grand jury in Tucson, Arizona, in relation to the death of his wife. The United States has requested his extradition to stand

State c. Thompson, 204 Ariz. 471 (2003); *State c. Kiles*, 213 P.3d 174 (2009).

Lois et règlements cités

Ariz. Rev. Stat. §§ 13-603, 13-604, 13-703, 13-710, 13-1105.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 231.

Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 3(1), (2), 15, 23(2), 29, 33, 40(1), 43(1), 44, 46, 47, 48(1), 57(2), (7), 58, 71.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.1.

Traités et autres instruments internationaux

Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, R.T. Can. 1976 n° 3, art. 2, 9, 10.

Doctrine citée

La Forest, Anne Warner. *La Forest's Extradition to and from Canada*, 3rd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1991.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty et MacFarland et le juge Kent (*ad hoc*), 2008 ONCA 571, 91 O.R. (3d) 401, 239 O.A.C. 211, 235 C.C.C. (3d) 45, [2008] O.J. No. 3029 (QL), 2008 CarswellOnt 4594, qui a annulé un arrêté d'extradition et renvoyé l'affaire au ministre de la Justice du Canada pour réexamen. Pourvoi accueilli.

Janet Henchey et Nancy Dennison, pour l'appellant.

Gregory Lafontaine et Vincenzo Rondinelli, pour l'intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

[1] Henry Fischbacher a été accusé de meurtre au premier degré par un grand jury à Tucson, en Arizona, relativement au décès de sa femme. Les États-Unis ont demandé son extradition pour qu'il

trial on that charge. The Minister of Justice (the “Minister”) authorized the extradition request to proceed to a committal hearing, identifying the Canadian offence corresponding to the alleged criminal conduct as “Murder, contrary to section 231 of the *Criminal Code*”, R.S.C. 1985, c. C-46. The extradition judge committed Mr. Fischbacher for the offence of second degree murder, finding no evidence of planning and deliberation sufficient to justify a committal for first degree murder under Canadian law. No appeal was taken from the committal order. The Minister then ordered Mr. Fischbacher’s surrender for the American offence of first degree murder, as requested by the United States.

[2] Mr. Fischbacher sought judicial review of the Minister’s decision before the Court of Appeal for Ontario. He conceded that he could be returned to the State of Arizona to face trial on a charge of second degree murder in accordance with the finding of the extradition judge, but argued that the Minister’s decision to surrender him on the charge of first degree murder was unreasonable. In support of this argument, Mr. Fischbacher relied on expert opinion evidence filed with the Minister indicating that, much as proof of planning and deliberation is required to constitute the offence of first degree murder in Canada, premeditation is a necessary element of the offence according to Arizona law. He also relied on appellate decisions that have concluded that a “misalignment” between the offence for which the Minister ordered surrender and the offence supported by the evidence at the committal hearing may render a surrender decision unreasonable: see, e.g., *United States of America v. Reumayr*, 2003 BCCA 375, 176 C.C.C. (3d) 377, leave to appeal refused, [2006] 1 S.C.R. xiv; *United States of America v. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403; *Canada (Minister of Justice) v. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393; and *United States of America v. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481.

subisse son procès relativement à cette accusation. Le ministre de la Justice (le « ministre ») a donné suite à la demande d’extradition en autorisant la tenue d’une audience relative à l’incarcération, indiquant que l’infraction canadienne qui correspondait à la conduite criminelle reprochée était l’infraction de [TRADUCTION] « Meurtre prévue à l’article 231 du *Code criminel* », L.R.C. 1985, ch. C-46. Le juge d’extradition a ordonné l’incarcération de M. Fischbacher pour meurtre au deuxième degré, jugeant la preuve concernant la préméditation et le propos délibéré insuffisante pour justifier son renvoi à procès pour meurtre au premier degré en droit canadien. L’ordonnance d’incarcération n’a pas été portée en appel. Le ministre a alors ordonné l’extradition de M. Fischbacher pour meurtre au premier degré, comme le demandaient les États-Unis.

[2] M. Fischbacher s’est adressé à la Cour d’appel de l’Ontario pour demander le contrôle judiciaire de la décision du ministre. Il a reconnu qu’il pouvait être renvoyé dans l’État de l’Arizona pour subir son procès relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré conformément aux conclusions du juge d’extradition, mais il soutenait que la décision du ministre de l’extrader relativement à l’accusation de meurtre au premier degré était déraisonnable. Pour étayer cet argument, M. Fischbacher s’est appuyé sur la preuve d’expert déposée devant le ministre selon laquelle, tout comme l’infraction de meurtre au premier degré exige la preuve de la préméditation et du propos délibéré au Canada, la préméditation est un élément essentiel de cette infraction selon le droit de l’Arizona. Il s’est également fondé sur des décisions d’appel statuant qu’une « discordance » entre l’infraction pour laquelle le ministre a ordonné l’extradition et l’infraction étayée par la preuve à l’audience relative à l’incarcération peut rendre la décision d’ordonner l’extradition déraisonnable : voir, p. ex., *United States of America c. Reumayr*, 2003 BCCA 375, 176 C.C.C. (3d) 377, autorisation d’appel refusée, [2006] 1 R.C.S. xiv; *United States of America c. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403; *Canada (Minister of Justice) c. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393; et *United States of America c. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481.

[3] The Court of Appeal accepted Mr. Fischbacher's argument: 2008 ONCA 571, 91 O.R. (3d) 401. In its view, his attack on the surrender order did not engage the principle of double criminality, as contended by the Minister. Double criminality, which requires a finding that the conduct giving rise to the foreign charge also constitutes an offence under Canadian law, was "clearly" respected in this case (para. 16). The question, rather, was whether the Minister acted unreasonably in deciding that it was not unjust to order Mr. Fischbacher's surrender for the "clearly more serious allegation of first degree murder", in the circumstances (para. 41). Given the absence of any evidence on the essential element of premeditation at the committal proceeding, the Court of Appeal concluded that the Minister's decision was unreasonable. The matter was remitted to the Minister for reconsideration.

[4] In deciding how the principle of double criminality should be satisfied, it was open to Parliament to define the crimes for which extradition may be sought and ordered either in terms of the alleged conduct, or the elements of the foreign offence. Canada's chosen approach is unquestionably conduct-based. Thus, extradition is permitted when the conduct underlying the foreign offence, if it occurred in Canada, would constitute an offence in Canadian law, however named or characterized. So long as the offence also falls in the category of extraditable offences, defined by the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18 (the "Act"), double criminality is fulfilled. This approach is not only consistent with prevailing international practice, it also accords with the principle of comity which demands deference and respect for the laws of other nations.

[5] I respectfully disagree with the conclusion of the court below that Mr. Fischbacher's argument does not engage the principle of double criminality. The "misalignment" test invites the Minister

[3] La Cour d'appel a retenu l'argument de M. Fischbacher : 2008 ONCA 571, 91 O.R. (3d) 401. Selon elle, sa contestation de l'arrêté d'extradition ne faisait pas intervenir le principe de la double incrimination, comme le prétendait le ministre. Le principe de la double incrimination, qui exige que la conduite ayant entraîné l'accusation à l'étranger constitue également une infraction sous le régime du droit canadien, était [TRADUCTION] « manifestement » respecté en l'espèce (par. 16). La question était plutôt de savoir si le ministre avait agi de façon déraisonnable en concluant qu'il n'était pas injuste d'ordonner l'extradition de M. Fischbacher pour [TRADUCTION] « l'accusation manifestement plus grave de meurtre au premier degré », dans les circonstances (par. 41). Vu l'absence de preuve de l'élément essentiel de la préméditation à l'audience relative à l'incarcération, la Cour d'appel a conclu que la décision du ministre était déraisonnable. L'affaire a été renvoyée au ministre pour qu'il procède à un nouvel examen.

[4] En déterminant de quelle manière il fallait satisfaire au principe de la double incrimination, le législateur pouvait définir les crimes pour lesquels l'extradition peut être demandée et ordonnée en fonction soit de la conduite reprochée, soit des éléments de l'infraction punissable à l'étranger. L'approche choisie par le Canada est incontestablement fondée sur la conduite. Ainsi, l'extradition est permise lorsque les actes constituant une infraction à l'étranger, s'ils étaient commis au Canada, constitueraient une infraction en droit canadien, peu importe sa désignation ou sa classification. Dans la mesure où l'infraction entre également dans la catégorie des infractions donnant lieu à l'extradition selon la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18 (la « Loi »), le principe de la double incrimination est respecté. Cette approche est non seulement compatible avec la pratique internationale courante, mais aussi conforme au principe de la courtoisie, qui commande la déférence et le respect à l'égard du droit des autres nations.

[5] En toute déférence, je ne souscris pas à la conclusion de la juridiction inférieure selon laquelle l'argument de M. Fischbacher ne fait pas intervenir le principe de la double incrimination. Le critère

to compare the foreign offence to its Canadian equivalent in a manner that is inconsistent with the conduct-based approach to double criminality. By requiring that the Minister satisfy himself that the conduct upon which the extradition judge found double criminality *also* establishes all the elements of the foreign offence, the “misalignment” test effectively imports an offence-based test for double criminality at the final stage of the extradition process, an approach that is incompatible with both the Act and the relevant extradition treaty, the *Extradition Treaty between Canada and the United States of America*, Can. T.S. 1976 No. 3 (“*Treaty*”), in force March 22, 1976. As this case exemplifies, the “misalignment” test would require the Minister to effectively second-guess the foreign state’s assessment of its own law, an approach which also finds no support in the Act and which offends the fundamental principle of comity. Finally, the test conflicts with the circumscribed role of the extradition judge defined under the Act and affirmed by settled jurisprudence.

[6] That said, the Act gives the Minister a broad discretion on the question of surrender and, as I will explain below, differences between the jeopardy faced by the person sought in the foreign country and that which he would face in Canada in respect of the impugned conduct may be a relevant factor in the surrender decision in exceptional circumstances. Ultimately, however, the reasonableness of the Minister’s decision does not turn on whether the elements of the foreign offence “align” with the evidence adduced by the requesting state during the committal hearing. The reasonableness of the decision must be assessed having regard to all the relevant circumstances and in accordance with the applicable provisions of the Act. In the instant appeal, I see no basis for interfering with the Minister’s decision.

de la « discordance » invite le ministre à comparer l’infraction punissable à l’étranger à son équivalent en droit canadien d’une manière qui est incompatible avec l’approche de la double incrimination fondée sur la conduite. En effet, en exigeant que le ministre soit convaincu que la conduite sur laquelle le juge d’extradition s’est fondé pour conclure à la double incrimination établit *également* tous les éléments de l’infraction punissable à l’étranger, le critère de la « discordance » introduit un critère fondé sur l’infraction pour l’examen de la question de la double incrimination à l’étape finale de la procédure d’extradition. Or, cette approche est incompatible tant avec la Loi qu’avec le traité d’extradition applicable, soit le *Traité d’extradition entre le Canada et les États-Unis d’Amérique*, R.T. Can. 1976 n° 3 (« *Traité* »), entré en vigueur le 22 mars 1976. Comme la présente affaire le démontre, le critère de la « discordance » obligerait le ministre à reconsidérer les conclusions de l’État étranger sur son propre droit, une approche qui n’a aucun fondement dans la Loi et qui contrevient au principe fondamental de la courtoisie. Enfin, ce critère entre en conflit avec le rôle circonscrit du juge d’extradition défini dans la Loi et confirmé par une jurisprudence constante.

[6] Cela dit, la Loi confère au ministre un large pouvoir discrétionnaire sur la question de l’extradition et, comme je l’expliquerai plus loin, les différences entre le risque que devrait affronter l’intéressé dans le pays étranger et celui auquel il serait exposé au Canada en raison des actes qu’on lui reproche peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, constituer un facteur pertinent dans la décision d’ordonner ou non l’extradition. Toutefois, la raisonabilité de la décision du ministre ne repose pas, en définitive, sur la question de savoir si les éléments de l’infraction punissable à l’étranger « concordent » avec la preuve présentée par l’État requérant lors de l’audience relative à l’incarcération. Il faut apprécier la raisonabilité de la décision en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes et conformément aux dispositions applicables de la Loi. Dans le présent pourvoi, je ne vois aucune raison de modifier la décision du ministre.

[7] For the reasons that follow, I would allow the appeal and restore the Minister's surrender order.

2. The Extradition Request and the Committal and Surrender Orders

[8] In October 2006, a grand jury in Tucson, Arizona, issued a criminal indictment charging Mr. Fischbacher with one count of first degree murder contrary to the Arizona *Criminal Code*, Ariz. Rev. Stat. §§ 13-1105, 13-603, 13-604, 13-703 and 13-710, in relation to the death of his wife, Lisa Fischbacher.

[9] The United States requested Mr. Fischbacher's extradition from Canada for the offence of first degree murder in December 2006, by way of diplomatic note.

[10] On January 8, 2007, the Minister issued an authority to proceed ("ATP") in accordance with s. 15 of the Act. The ATP sought the committal of Mr. Fischbacher for the corresponding Canadian offence of "Murder, contrary to section 231 of the *Criminal Code*" but did not particularize the crime as first or second degree murder.

[11] The judicial phase of the extradition process took place in June 2007 in the Ontario Superior Court of Justice. The evidence tendered at the hearing was comprised of the certified record of the case and certified amended record of the case filed by the United States, in conformity with s. 33 of the Act. At this time, it was confirmed that the Department of Justice had received assurances to the effect that the state of Arizona would not seek the death penalty in the event of conviction.

[12] The evidence contained in the record of the case alleges that on October 6, 2006, Mr. Fischbacher telephoned his sister and disclosed that the previous day he and his wife had an argument during which he punched his wife in the face and hit her on the back of the head with a flashlight, knocking her unconscious. Mr. Fischbacher stated that he dragged his unconscious wife from

[7] Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'arrêté d'extradition du ministre.

2. La demande d'extradition, l'ordonnance d'incarcération et l'arrêté d'extradition

[8] En octobre 2006, à Tucson, en Arizona, un grand jury a déposé un acte d'accusation inculpant M. Fischbacher d'une infraction de meurtre au premier degré en vertu du *Criminal Code* de l'Arizona, Ariz. Rev. Stat. §§ 13-1105, 13-603, 13-604, 13-703 et 13-710, relativement au décès de sa femme, Lisa Fischbacher.

[9] Les États-Unis ont demandé, dans une note diplomatique, en décembre 2006, que M. Fischbacher soit extradé du Canada pour l'infraction de meurtre au premier degré.

[10] Le 8 janvier 2007, le ministre a pris un arrêté introductif d'instance (« AII ») en application de l'art. 15 de la Loi. L'AII demandait l'incarcération de M. Fischbacher pour l'infraction correspondante au Canada de [TRADUCTION] « Meurtre, prévue à l'article 231 du *Code criminel* », sans préciser s'il s'agissait d'un meurtre au premier ou au deuxième degré.

[11] L'étape judiciaire de la procédure d'extradition a eu lieu en juin 2007 devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario. À l'audience, les États-Unis ont déposé en preuve deux dossiers d'extradition certifiés, l'un original et l'autre modifié, conformément à l'art. 33 de la Loi. À ce moment-là, il a été confirmé que le ministère de la Justice avait obtenu l'assurance que l'État de l'Arizona ne réclamerait pas la peine capitale si l'accusé était déclaré coupable.

[12] Il ressort de la preuve incluse dans le dossier d'extradition que le 6 octobre 2006, M. Fischbacher a téléphoné à sa sœur et lui a révélé que la veille, sa femme et lui s'étaient disputés. Il a raconté qu'il lui avait donné un coup de poing au visage et l'avait frappé derrière la tête avec une lampe de poche, et qu'elle s'était évanouie. M. Fischbacher a dit l'avoir traînée, inconsciente, de la chambre à coucher

the bedroom to the backyard pool, where he held her head underwater for several minutes until he believed she was dead. He fled his home around midnight, drove to the airport in Phoenix, Arizona, and flew to Buffalo, New York, where he leased a car and crossed the border into Canada.

[13] The record of the case further indicates that Ms. Fischbacher's body was discovered by police around 5 p.m. on October 6, 2006, floating face down in the backyard swimming pool at her home. An autopsy confirmed that Ms. Fischbacher died from asphyxia and multiple traumatic head injuries.

[14] Relying on the Canadian approach to determining whether an indictment is for first or second degree murder, the extradition judge decided that the Minister's selection of the word "murder" in the ATP must be taken to mean second degree murder in Canadian law. The United States requested that the judge authorize an amendment to the ATP pursuant to s. 23(2) of the Act, so that the corresponding Canadian offence would read "first degree murder" instead of "murder" *simpliciter*. The extradition judge concluded that planning and deliberation were necessary elements of the crime of first degree murder in Canada, and that there was no evidence of planning and deliberation in the record of the case. Accordingly, the request to amend the ATP was refused. The judge concluded, however, that the evidence was sufficient to establish a *prima facie* case of second degree murder. Pursuant to s. 71 of the Act, an order was issued for the committal of Mr. Fischbacher on the Canadian offence of second degree murder: [2007] O.J. No. 4235 (QL).

[15] No appeal was taken from the decision of the extradition judge.

[16] Following committal, it fell to the Minister to determine whether Mr. Fischbacher should be surrendered and, if so, for what offence. In accordance with s. 43(1) of the Act, Mr. Fischbacher made

jusqu'à la piscine dans la cour, et lui avoir maintenu la tête sous l'eau pendant plusieurs minutes jusqu'à ce qu'il la croie morte. Il s'est enfui de la maison vers minuit, s'est rendu en voiture à l'aéroport de Phoenix, en Arizona, et a pris l'avion pour Buffalo, dans l'État de New York, où il a loué une voiture et franchi la frontière canadienne.

[13] Le dossier d'extradition indique également que le corps de M^{me} Fischbacher a été retrouvé par la police vers 17 h le 6 octobre 2006, flottant sur le ventre dans la piscine derrière la maison. L'autopsie a confirmé que M^{me} Fischbacher est morte par asphyxie et par suite de multiples traumatismes crâniens.

[14] S'appuyant sur l'approche canadienne pour déterminer si l'acte d'accusation visait un meurtre au premier ou au deuxième degré, le juge d'extradition a conclu que le mot « meurtre » utilisé par le ministre dans l'AII devait être interprété comme désignant un meurtre au deuxième degré en droit canadien. Les États-Unis ont demandé au juge d'autoriser une modification à l'AII conformément au par. 23(2) de la Loi, de sorte que l'infraction correspondante au Canada soit désignée comme un « meurtre au premier degré », plutôt que comme un « meurtre » tout simplement. Le juge d'extradition a conclu que la préméditation et le propos délibéré étaient des éléments essentiels du meurtre au premier degré au Canada et que le dossier d'extradition ne contenait aucune preuve de ces éléments. Par conséquent, la demande de modification de l'AII a été rejetée. Le juge a toutefois conclu que la preuve était suffisante pour établir à première vue qu'il y avait eu meurtre au deuxième degré. Le juge a ordonné, en vertu de l'art. 71 de la Loi, l'incarcération de M. Fischbacher relativement à l'infraction correspondante au Canada de meurtre au deuxième degré : [2007] O.J. No. 4235 (QL).

[15] La décision du juge d'extradition n'a pas été portée en appel.

[16] Après l'incarcération, il revenait au ministre de déterminer si M. Fischbacher devait être extradé et, dans l'affirmative, pour quelle infraction. En application du par. 43(1) de la Loi, M. Fischbacher

submissions to the Minister on the question of surrender, taking the position that he could be surrendered for the American offence of second degree murder. Mr. Fischbacher supplied the Minister with an opinion from an Arizona lawyer that the element of premeditation necessary to make out first degree murder under Arizona law is akin to the planning and deliberation elements of first degree murder in Canada. Relying on *Reumayr* and *Gorcycya*, Mr. Fischbacher argued that a surrender order for first degree murder would “substantially exceed” the evidence supporting the committal order and was therefore unjust.

[17] On March 17, 2008, the Minister issued an order pursuant to s. 58 of the Act surrendering Mr. Fischbacher for the American offence of first degree murder, as requested by the United States. In his reasons for surrender, the Minister rejected Mr. Fischbacher’s submissions on the basis that the application of foreign law is a matter for the requesting state. The Minister stated that double criminality was established by virtue of Mr. Fischbacher’s committal for second degree murder, and the decision of the extradition judge did not preclude the Minister’s discretion to order surrender for the requested offence of first degree murder.

[18] Mr. Fischbacher sought judicial review of the Minister’s surrender order.

3. Judicial Review — Court of Appeal for Ontario

[19] Before the Court of Appeal for Ontario, Mr. Fischbacher acknowledged that the Act affords the Minister a broad discretion on the question of surrender, but pointed out that pursuant to s. 44(1)(a) of the Act, the Minister is obliged to refuse a request to surrender if he is satisfied that “the surrender would be unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances”. Mr. Fischbacher argued that it was unreasonable for the Minister to

a présenté ses observations au ministre concernant son extradition, affirmant qu’il pouvait être extradé pour l’infraction de meurtre au deuxième degré en droit américain. M. Fischbacher a remis au ministre l’opinion d’un avocat de l’Arizona portant que la préméditation nécessaire pour que l’infraction constitue un meurtre au premier degré selon le droit de l’Arizona était semblable aux éléments essentiels de préméditation et de propos délibéré du meurtre au premier degré au Canada. S’appuyant sur les arrêts *Reumayr* et *Gorcycya*, M. Fischbacher a fait valoir qu’un arrêté d’extradition pour meurtre au premier degré viserait une infraction [TRADUCTION] « substantiellement plus grave » que celle étayée par la preuve présentée à l’appui de l’ordonnance d’incarcération et qu’il était donc injuste.

[17] Le 17 mars 2008, le ministre a pris un arrêté conformément à l’art. 58 de la Loi en vue d’extrader M. Fischbacher pour l’infraction de meurtre au premier degré en droit américain, comme le demandaient les États-Unis. Dans ses motifs justifiant l’extradition, le ministre a rejeté les observations de M. Fischbacher parce que l’application du droit étranger relevait de l’État requérant. Le ministre a affirmé que la double incrimination était établie du fait de l’incarcération de M. Fischbacher pour meurtre au deuxième degré, et que la décision du juge d’extradition ne l’empêchait pas d’exercer son pouvoir discrétionnaire d’ordonner l’extradition pour l’infraction invoquée de meurtre au premier degré.

[18] M. Fischbacher a demandé le contrôle judiciaire de l’arrêté d’extradition pris par le ministre.

3. Contrôle judiciaire — Cour d’appel de l’Ontario

[19] Devant la Cour d’appel de l’Ontario, M. Fischbacher a reconnu que la Loi confère au ministre un large pouvoir discrétionnaire sur la question de l’extradition, mais il a souligné que, suivant l’al. 44(1)(a) de la Loi, le ministre est tenu de refuser l’extradition s’il est convaincu que « l’extradition serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances ». M. Fischbacher a soutenu qu’il était déraisonnable pour le ministre de conclure

conclude that it was not unjust to surrender him for first degree murder. The Minister's exercise of discretion was alleged to be unjust because the extradition judge determined that there was no evidence of planning and deliberation sufficient to satisfy all the elements of first degree murder. Mr. Fischbacher asked the court to quash the surrender order.

[20] The Court of Appeal agreed. Doherty J.A., writing for a unanimous court, found that Mr. Fischbacher's attack on the reasonableness of the Minister's decision did not engage the double criminality principle (para. 16) and was based "exclusively on what the case law describes as a 'misalignment' between the offence for which the Minister ordered the applicant surrendered and evidence adduced at the committal proceedings" (para. 21). Citing as authority for this "misalignment" rule the appellate cases of *Reumayr*, *Gorcyca*, *Saad* and *Kissel*, Doherty J.A. concluded that "differences between the offence in the surrender order and the offence for which the fugitive was committed will render the surrender order unreasonable only in limited circumstances" (para. 25). He defined these "limited circumstances" as those where no evidence of an essential element of the foreign charge is led at the committal hearing. To order the surrender of a person sought on a foreign charge in support of which there was no evidence before the extradition judge was deemed an unreasonable exercise of the Minister's discretion.

[21] In light of the principles drawn from the "misalignment" jurisprudence, Doherty J.A. was of the view that, given the conclusion of the committal judge that there was no evidence to support a finding of premeditation (which he implicitly accepted as equivalent to planning and deliberation in Canadian law), the Minister's decision to surrender Mr. Fischbacher on the charge of first degree murder was "presumptively unreasonable, unless there is some adequate explanation from the Minister" (para. 33). The surrender order was

qu'il n'était pas injuste de l'extrader pour meurtre au premier degré. Ainsi, la décision discrétionnaire du ministre serait injuste parce que le juge d'extradition a conclu à l'absence d'une preuve suffisante de préméditation et de propos délibéré pour établir tous les éléments du meurtre au premier degré. M. Fischbacher a demandé à la cour d'annuler l'arrêt d'extradition.

[20] La Cour d'appel lui a donné raison. Le juge Doherty, dans un jugement unanime, a conclu que la contestation de la raisonabilité de la décision du ministre par M. Fischbacher ne faisait pas intervenir le principe de la double incrimination (par. 16) et était fondée [TRADUCTION] « exclusivement sur ce que la jurisprudence appelle une "discordance" entre l'infraction pour laquelle le ministre a ordonné l'extradition du requérant et la preuve présentée à l'audience relative à l'incarcération » (par. 21). Citant les décisions d'appel *Reumayr*, *Gorcyca*, *Saad* et *Kissel* à l'appui de cette règle de la « discordance », le juge Doherty a conclu que les [TRADUCTION] « différences entre l'infraction indiquée dans l'arrêt d'extradition et l'infraction pour laquelle le fugitif a été incarcéré ne rendront l'arrêt d'extradition déraisonnable que dans des circonstances limitées » (par. 25). Selon lui, ces « circonstances limitées » sont celles où aucune preuve sur un élément essentiel de l'accusation portée à l'étranger n'est produite à l'audience relative à l'incarcération. Il estimait que le ministre, en ordonnant l'extradition d'un intéressé relativement à une accusation portée à l'étranger qui n'était étayée par aucun élément de preuve devant le juge d'extradition, avait exercé son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable.

[21] Selon les principes qui se dégagent de la jurisprudence sur la « discordance », le juge Doherty était d'avis que, vu la conclusion du juge d'incarcération qu'aucune preuve ne permettait de conclure à la préméditation (dont il a implicitement reconnu l'équivalence avec les notions de préméditation et de propos délibéré en droit canadien), la décision du ministre d'extrader M. Fischbacher relativement à l'accusation de meurtre au premier degré était [TRADUCTION] « *a priori* déraisonnable, à moins que le ministre ne l'explique convenablement »

quashed and the matter remitted to the Minister for reconsideration.

[22] For the reasons that follow, it is my respectful view that the Court of Appeal erred in applying the “misalignment” test to conclude that it was unreasonable for the Minister to have surrendered Mr. Fischbacher for the requested offence of first degree murder.

4. Analysis

[23] Extradition from Canada is generally said to have two stages: one judicial and one executive: *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, at para. 21. This case concerns the executive’s role, which bookends the judicial phase, as the Minister holds a discretionary power at the outset and the close of the extradition process.

[24] The issue in this appeal is whether, in exercising his discretion under the Act to order the surrender of a person sought at the final stage of the extradition process, the Minister is required to ensure “alignment” between the foreign offence upon which surrender is ordered and the evidence adduced at the extradition hearing. In order to properly assess the scope of the Minister’s discretion, it will be useful to review all the stages of Canada’s extradition procedure prior to addressing the specific issue raised by this appeal.

[25] Canada’s international obligation to surrender fugitives from justice to other states is a product of numerous treaties concluded with various extradition partners, including the *Treaty* between Canada and the United States, relevant to the present appeal. The *Extradition Act* implements Canada’s extradition treaties into domestic law so that, from a domestic standpoint, extradition is entirely “a creature of statute”: *McVey (Re)*, [1992] 3 S.C.R. 475, at p. 508. Accordingly, the Minister’s role and breadth of his discretion can only be understood with reference to the legislative scheme established by the Act. I begin with some brief comments about

(par. 33). L’arrêté d’extradition a été annulé et l’affaire renvoyée au ministre pour qu’il procède à un nouvel examen.

[22] Pour les motifs exposés ci-après, j’estime avec égards que la Cour d’appel a commis une erreur en appliquant le critère de la « discordance » pour conclure qu’il était déraisonnable de la part du ministre d’extrader M. Fischbacher pour l’infraction invoquée de meurtre au premier degré.

4. Analyse

[23] L’extradition du Canada comporte généralement deux étapes : l’une relevant du judiciaire, l’autre de l’exécutif : *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, par. 21. Le pourvoi porte sur le rôle de l’exécutif avant et après l’étape judiciaire, le ministre étant investi d’un pouvoir discrétionnaire qu’il exerce au début et à la fin de la procédure d’extradition.

[24] Il s’agit en l’espèce de déterminer si, en exerçant le pouvoir discrétionnaire que lui confère la Loi d’ordonner l’extradition d’un intéressé à l’étape finale de la procédure d’extradition, le ministre doit s’assurer de la « concordance » entre l’infraction punissable à l’étranger pour laquelle l’extradition est ordonnée et la preuve présentée à l’audience d’extradition. Pour évaluer correctement la portée du pouvoir discrétionnaire du ministre, il convient d’examiner toutes les étapes de la procédure d’extradition du Canada avant d’étudier la question particulière soulevée dans le pourvoi.

[25] L’obligation internationale du Canada de remettre aux autres États les fugitifs qui se soustraient à la justice résulte de nombreux traités d’extradition conclus avec divers partenaires, notamment le *Traité* entre le Canada et les États-Unis qui est applicable en l’espèce. La *Loi sur l’extradition* met en œuvre les traités d’extradition du Canada pour qu’ils s’appliquent en droit canadien, de sorte que, du point de vue du droit interne, l’extradition est entièrement « créée par la loi » : *McVey (Re)*, [1992] 3 R.C.S. 475, p. 508. Par conséquent, on ne peut comprendre le rôle du ministre et l’étendue de son pouvoir discrétionnaire qu’en fonction

double criminality, a fundamental principle of the extradition process codified by the Act.

[26] Double criminality requires that the conduct forming the basis of the extradition request be criminal under the law of both the requesting and the requested countries. The purpose of double criminality is to safeguard the liberty of an individual whose extradition is sought by ensuring that he or she is not surrendered to face prosecution in another country for conduct that would not amount to a criminal offence in the country of refuge. This principle is internationally recognized as central to extradition law. Double criminality is a clause in all of Canada's extradition treaties (see, e.g., Articles 2 and 10 of the *Treaty*) and is codified in s. 3(1) of the Act:

3. (1) [General principle] A person may be extradited from Canada in accordance with this Act and a relevant extradition agreement on the request of an extradition partner for the purpose of prosecuting the person or imposing a sentence on — or enforcing a sentence imposed on — the person if

(a) subject to a relevant extradition agreement, the offence in respect of which the extradition is requested is punishable by the extradition partner, by imprisoning or otherwise depriving the person of their liberty for a maximum term of two years or more, or by a more severe punishment; and

(b) the conduct of the person, had it occurred in Canada, would have constituted an offence that is punishable in Canada,

(i) in the case of a request based on a specific agreement, by imprisonment for a maximum term of five years or more, or by a more severe punishment, and

(ii) in any other case, by imprisonment for a maximum term of two years or more, or by a more severe punishment, subject to a relevant extradition agreement.

[27] As the term implies, double criminality has two components, one foreign and one domestic. Section 3(1)(a) codifies the foreign aspect of

du régime législatif établi par la Loi. Je ferai tout d'abord certains commentaires au sujet de la double incrimination, un principe fondamental de la procédure d'extradition codifié par la Loi.

[26] La double incrimination exige que la conduite sur laquelle repose la demande d'extradition soit criminelle à la fois selon le droit de l'État requérant et selon celui de l'État requis. Le principe de la double incrimination vise à protéger la liberté de l'intéressé en empêchant qu'il soit extradé vers un autre État pour y être traduit en justice pour des actes qui ne constitueraient pas une infraction criminelle dans son pays d'accueil. Ce principe est reconnu à l'échelle internationale comme essentiel en droit de l'extradition. Le principe de la double incrimination est prévu dans tous les traités d'extradition du Canada (voir, p. ex., les art. 2 et 10 du *Traité*) et est codifié au par. 3(1) de la Loi :

3. (1) [Principe général] Toute personne peut être extradée du Canada, en conformité avec la présente loi et tout accord applicable, à la demande d'un partenaire pour subir son procès dans le ressort de celui-ci, se faire infliger une peine ou y purger une peine si :

a) d'une part, l'infraction mentionnée dans la demande est, aux termes du droit applicable par le partenaire, sanctionnée, sous réserve de l'accord applicable, par une peine d'emprisonnement ou une autre forme de privation de liberté d'une durée maximale de deux ans ou plus ou par une peine plus sévère;

b) d'autre part, l'ensemble de ses actes aurait constitué, s'ils avaient été commis au Canada, une infraction sanctionnée aux termes du droit canadien :

(i) dans le cas où un accord spécifique est applicable, par une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans ou plus ou par une peine plus sévère,

(ii) dans le cas contraire, sous réserve de l'accord applicable, par une peine d'emprisonnement maximale de deux ans ou plus ou par une peine plus sévère.

[27] Comme l'expression l'indique, la double incrimination comporte deux volets, l'un étranger et l'autre interne. L'alinéa 3(1)a), codifie le volet

double criminality by requiring that the offence upon which extradition is requested be criminal in the requesting state and carry the specified penalty. Paragraph (b) of s. 3(1) describes the domestic aspect of double criminality, which requires that the conduct underlying the foreign offence amount to a criminal offence under Canadian law with the specified penalty. Both elements must be satisfied before double criminality is made out.

[28] In theory, double criminality may be satisfied on one of two possible approaches: a conduct-based or an offence-based test. In *Norris v. Government of the United States of America*, [2008] UKHL 16, [2008] 2 All E.R. 1103, the House of Lords considered these methodologies for interpreting extradition legislation (at para. 65):

[I]t is useful to stand back from the detail and recognise the essential choice that the legislature makes in deciding just what the double criminality principle requires. It is possible to define the crimes for which extradition is to be sought and ordered (extradition crimes) in terms either of conduct or of the elements of the foreign offence. That is the fundamental choice. The court can be required to make the comparison and to look for the necessary correspondence either between the offence abroad (for which the accused's extradition is sought) and an offence here, or between the conduct alleged against the accused abroad and an offence here. For convenience these may be called respectively the offence test and the conduct test. It need hardly be pointed out that if the offence test is adopted the requested state will invariably have to examine the legal ingredients of the foreign offence to ensure that there is no mismatch between it and the supposedly corresponding domestic offence.

[29] Consistent with the vast majority of international practice, Canada has adopted the conduct-based approach to determining double criminality, codified in s. 3(2) of the Act:

(2) [Conduct determinative] For greater certainty, it is not relevant whether the conduct referred to in

étranger de la double incrimination en exigeant que l'infraction à l'origine de la demande d'extradition soit de nature criminelle dans l'État requérant et emporte la peine qui y est précisée. L'alinéa 3(1)b décrit le volet interne de la double incrimination, selon lequel les actes constituant l'infraction punissable à l'étranger doivent correspondre à une infraction criminelle en droit canadien, sanctionnée par la peine qui y est précisée. Pour respecter le principe de la double incrimination, il faut satisfaire à ces deux volets.

[28] En théorie, la double incrimination peut être établie soit en fonction de la conduite, soit en fonction de l'infraction. Dans *Norris c. Government of the United States of America*, [2008] UKHL 16, [2008] 2 All E.R. 1103, la Chambre des lords a examiné ces méthodes d'interprétation de la législation en matière d'extradition (par. 65) :

[TRADUCTION] [I]l convient de se détacher des détails et de reconnaître le choix essentiel que fait le législateur lorsqu'il détermine les exigences du principe de la double incrimination. Il est possible de définir les crimes pour lesquels l'extradition est demandée et ordonnée (crimes donnant lieu à l'extradition) en fonction soit de la conduite, soit des éléments de l'infraction punissable à l'étranger. C'est là le choix fondamental. La cour peut être tenue de procéder à une comparaison et d'analyser la concordance nécessaire entre l'infraction punissable à l'étranger (pour laquelle l'extradition de l'accusé est demandée) et une infraction qui existe ici, ou entre la conduite reprochée à l'accusé à l'étranger et une infraction qui existe ici. Par souci de commodité, on peut parler respectivement du test fondé sur l'infraction et du test fondé sur la conduite. Il va sans dire que le choix du test fondé sur l'infraction obligera inmanquablement l'État requis à examiner les éléments juridiques de l'infraction punissable à l'étranger pour s'assurer qu'il n'y a pas de discordance entre elle et l'infraction censément correspondante dans notre pays.

[29] Suivant la pratique de loin la plus courante à l'échelle internationale, le Canada a adopté l'approche fondée sur la conduite pour établir la double incrimination, codifiée au par. 3(2) de la Loi :

(2) [Primauté des faits sur les appellations] Il est entendu que la concordance entre l'appellation

subsection (1) is named, defined or characterized by the extradition partner in the same way as it is in Canada.

As a result, it is not necessary that the Canadian offence described in the ATP or the committal order “match” the foreign offence for which the person is sought or surrendered in name or in terms of its constituent elements; it is “the essence of the offence” that is important on the conduct-based approach: A. W. La Forest, *La Forest’s Extradition to and from Canada* (3rd ed. 1991), at p. 69.

[30] The extradition process begins when a request for extradition from Canada is made to the Minister in accordance with Article 9 of the *Treaty*. The Minister decides whether to authorize the request to proceed to a committal hearing in accordance with s. 15(1) of the Act, which sets out the Minister’s power as follows:

15. (1) The Minister may, after receiving a request for extradition and being satisfied that the conditions set out in paragraph 3(1)(a) and subsection 3(3) are met in respect of one or more offences mentioned in the request, issue an authority to proceed that authorizes the Attorney General to seek, on behalf of the extradition partner, an order of a court for the committal of the person under section 29.

In making the determination required by ss. 15(1) and 3(1)(a) of the Act, the Minister will necessarily consider the law of the foreign state, which is provided as part of the extradition request under Article 9 of the *Treaty*. The Minister must satisfy himself that the alleged conduct described in the extradition request is criminal in the foreign jurisdiction, and that the associated penalty meets the threshold established by s. 3(1)(a), or the relevant treaty, where applicable. In other words, the Minister must determine, in accordance with s. 3(1)(a), whether the foreign component of double criminality is satisfied. If so, he will issue an ATP pursuant to s. 15.

[31] An ATP permits the Attorney General, acting on behalf of the extradition partner, to initiate

juridique, la désignation, la classification ou la définition donnée à l’ensemble des actes de l’intéressé par le droit canadien et celle donnée par le droit applicable par le partenaire n’est pas prise en compte.

Par conséquent, il n’est pas nécessaire que l’infraction canadienne indiquée dans l’AII ou dans l’ordonnance d’incarcération « corresponde » à l’infraction punissable à l’étranger pour laquelle l’extradition est demandée ou ordonnée, que ce soit par son appellation ou par ses éléments constitutifs; c’est [TRADUCTION] « l’essence même de l’infraction » qui importe selon l’approche fondée sur la conduite : A. W. La Forest, *La Forest’s Extradition to and from Canada* (3^e éd. 1991), p. 69.

[30] La procédure d’extradition débute lorsqu’une demande d’extradition du Canada est présentée au ministre conformément à l’art. 9 du *Traité*. Le ministre décide s’il convient d’autoriser la tenue d’une audience relative à l’incarcération conformément au par. 15(1) de la Loi, qui énonce ainsi le pouvoir du ministre :

15. (1) Le ministre peut, après réception de la demande d’extradition, s’il est convaincu qu’au moins une infraction satisfait aux conditions prévues à l’alinéa 3(1)a) et au paragraphe 3(3), prendre un arrêté introductif d’instance autorisant le procureur général à demander au tribunal, au nom du partenaire, la délivrance de l’ordonnance d’incarcération prévue à l’article 29.

Lorsqu’il rend la décision requise par le par. 15(1) et l’al. 3(1)a) de la Loi, le ministre doit nécessairement examiner le droit de l’État étranger, en se référant aux dispositions législatives qui accompagnent la demande d’extradition conformément à l’art. 9 du *Traité*. Le ministre doit être convaincu que la conduite décrite dans la demande d’extradition est criminelle dans le ressort étranger et qu’elle est sanctionnée par une peine qui répond aux exigences établies à l’al. 3(1)a) ou au traité applicable, le cas échéant. Autrement dit, le ministre doit déterminer, conformément à l’al. 3(1)a), si le volet étranger de la double incrimination est respecté. Dans l’affirmative, il prend un AII au titre de l’art. 15.

[31] L’AII permet au procureur général, agissant au nom du partenaire, d’entamer une procédure

extradition proceedings before a superior court judge, called the extradition or committal judge in this context, to seek an order for the committal of the person sought. Section 15(3) of the Act provides that an ATP must contain three elements:

- (3) The authority to proceed must contain
 - (a) the name or description of the person whose extradition is sought;
 - (b) the name of the extradition partner; and
 - (c) the name of the offence or offences under Canadian law that correspond to the alleged conduct of the person or the conduct in respect of which the person was convicted, as long as one of the offences would be punishable in accordance with paragraph 3(1)(b).

[32] An ATP is akin to an information or indictment in a domestic prosecution in that the corresponding Canadian offence or offences listed in an ATP provide the focus of the determination to be made at the judicial stage. Accordingly, care must be taken to ensure that an ATP accurately identifies the Canadian offence that most closely resembles the alleged conduct underlying the foreign offence. This will necessarily require the Minister, in drafting the ATP, to undertake some limited interpretation of the domestic law.

[33] If an ATP does not identify the most appropriate Canadian offence, s. 23(2) of the Act authorizes a committal judge, upon application by the Attorney General, to amend an ATP to accord with the evidence produced by the requesting state in the course of the extradition hearing.

[34] With an ATP in hand, counsel for the Attorney General may then proceed to bring the matter before an extradition judge who conducts an extradition hearing in accordance with the Act.

[35] The function of an extradition hearing is to determine whether the domestic component of double criminality is met, as required by s. 3(1)(b) of the Act. The Act clearly establishes that the province of the extradition judge is limited to consideration of *only* the domestic side of this issue, as

d'extradition devant un juge d'une cour supérieure, appelé juge d'extradition ou juge d'incarcération dans le présent contexte, pour demander que soit rendue une ordonnance d'incarcération de l'intéressé. Le paragraphe 15(3) de la Loi prévoit qu'un AII doit comporter trois éléments :

- (3) L'arrêté comporte les éléments suivants :
 - a) le nom ou [la] description de l'intéressé;
 - b) le nom du partenaire;
 - c) la désignation des infractions qui, du point de vue du droit canadien, correspondent à l'ensemble des actes reprochés à l'intéressé ou pour lesquels il a été condamné et dont au moins l'une d'entre elles serait sanctionnée de la façon prévue à l'alinéa 3(1)(b).

[32] L'AII s'apparente à la dénonciation ou à l'acte d'accusation dans une poursuite intentée au pays, car les infractions correspondantes au Canada énumérées dans l'AII orientent la décision qui sera prise à l'étape judiciaire. Ainsi, il faut veiller à indiquer avec exactitude, dans l'AII, l'infraction correspondante au Canada qui ressemble le plus à la conduite reprochée constituant une infraction punissable à l'étranger. Par conséquent, lorsqu'il rédigera l'AII, le ministre devra nécessairement interpréter le droit interne, dans une certaine mesure.

[33] Si le choix de l'infraction correspondante indiquée dans l'AII n'est pas le plus judicieux, le par. 23(2) de la Loi autorise le juge d'incarcération, sur demande du procureur général, à modifier l'AII pour qu'il concorde avec la preuve présentée par l'État requérant lors de l'audience d'extradition.

[34] Muni d'un AII, l'avocat du procureur général peut ensuite soumettre l'affaire au juge d'extradition qui entend la demande d'extradition conformément à la Loi.

[35] L'audition de la demande d'extradition vise à déterminer si le volet interne de la double incrimination est respecté, comme l'exige l'al. 3(1)(b) de la Loi. La Loi établit clairement que la compétence du juge d'extradition se limite à examiner *seulement* le volet interne de la question, puisque

the Minister has already established that the foreign component of double criminality is satisfied. Accordingly, the role of the extradition judge does not include any review of the foreign law. Section 29 delineates the judge's role as follows:

29. (1) [Order of committal] A judge shall order the committal of the person into custody to await surrender if

(a) in the case of a person sought for prosecution, there is evidence admissible under this Act of conduct that, had it occurred in Canada, would justify committal for trial in Canada on the offence set out in the authority to proceed and the judge is satisfied that the person is the person sought by the extradition partner;

The judge must consider the evidence in light of Canadian law and determine whether it reveals conduct that would justify committal for the crime listed in the ATP if it had occurred in Canada. In *McVey*, at pp. 527-28, La Forest J. explained the role of the extradition judge as follows:

The trial judge in the United States, of course, deals with the offence under the law of that country. The identity of that offence can be determined by reference to the text of that law supplied with the requisition. The extradition judge in Canada, on the other hand, is concerned with whether the underlying facts of the charge would, prima facie, have constituted a crime . . . if they had occurred in Canada. That is what is meant by saying that double criminality is conduct based. The courts of both countries deal with the offence under their own law, the law in which they are versed, but each must ascertain whether under that law the facts support the charge. [Emphasis added.]

If the extradition judge concludes that the impugned conduct would amount to a criminal offence in Canadian law, the domestic component of double criminality is satisfied and the person sought must be committed for extradition.

[36] Following committal, the matter reverts to the Minister who reviews the case in its entirety to determine whether to order the individual's surrender and, if so, on what basis. This requires the Minister to determine whether it is politically appropriate and not fundamentally unjust for Canada to

le ministre a déjà établi que le volet étranger de la double incrimination est respecté. Par conséquent, le rôle du juge d'extradition n'inclut aucun examen du droit étranger. L'article 29 décrit son rôle comme suit :

29. (1) [Ordonnance d'incarcération] Le juge ordonne dans les cas suivants l'incarcération de l'intéressé jusqu'à sa remise :

a) si la personne est recherchée pour subir son procès, la preuve — admissible en vertu de la présente loi — des actes justifierait, s'ils avaient été commis au Canada, son renvoi à procès au Canada relativement à l'infraction mentionnée dans l'arrêté introductif d'instance et le juge est convaincu que la personne qui comparait est celle qui est recherchée par le partenaire;

Le juge doit examiner la preuve à la lumière du droit canadien et déterminer si elle révèle des actes qui justifieraient le renvoi à procès pour le crime indiqué dans l'ATI s'ils avaient été commis au Canada. Voici comment le juge La Forest a expliqué le rôle du juge d'extradition dans *McVey*, p. 527-528 :

Évidemment, le juge de première instance aux États-Unis traite l'infraction selon le droit de ce pays. L'identité de cette infraction peut être déterminée par renvoi au texte de la loi qui accompagne la demande. Par ailleurs, au Canada, le juge d'extradition doit examiner si les faits sous-jacents de l'accusation constitueraient, à première vue, un crime [. . .] s'ils s'étaient produits au Canada. C'est ce que signifie l'affirmation que la double criminalité est fondée sur la conduite. Les tribunaux des deux pays traitent des infractions selon leur propre droit, celui qu'ils connaissent, mais chacun doit vérifier si aux termes de ce droit les faits appuient l'accusation. [Je souligne.]

Si le juge d'extradition conclut que la conduite reprochée équivaudrait à une infraction criminelle sous le régime du droit canadien, le volet interne de la double incrimination est respecté et l'intéressé doit être incarcéré en vue de son extradition.

[36] Après l'incarcération, l'affaire est renvoyée au ministre, qui révisé le dossier en entier pour décider s'il ordonnera l'extradition de l'intéressé et, dans l'affirmative, sur quelle base. Dans le cadre de cet examen, le ministre doit déterminer s'il est approprié, sur le plan politique, et non fondamentalement

extradite the person sought. Section 40(1) of the Act sets out the Minister's general power on the question of surrender:

40. (1) The Minister may, within a period of 90 days after the date of a person's committal to await surrender, personally order that the person be surrendered to the extradition partner.

The Minister's power to order or refuse surrender is subject to the provisions of the *Treaty* and the Act, and must be exercised in accordance with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[37] Under the Act, the Minister's decision on surrender is contained by a series of mandatory and discretionary "Reasons for Refusal" set out in ss. 44, 46 and 47. Relevant for the purposes of the present appeal is the broad power of refusal found in s. 44(1)(a):

44. (1) The Minister shall refuse to make a surrender order if the Minister is satisfied that

(a) the surrender would be unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances;

Given the mandatory nature of s. 44(1)(a), the "Minister must consider all relevant circumstances, singly and in combination, to determine whether surrender would be unjust or oppressive": *United States of America v. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327 (C.A.), at para. 45. Whether the Minister is "satisfied" that surrender would be unjust or oppressive in a given set of circumstances, however, is entirely a matter of his discretion.

[38] Reaching a conclusion on surrender requires the Minister to undertake a balancing of all the relevant circumstances, weighing factors that militate in favour of surrender against those that counsel against. The circumstances that will be "relevant" to a surrender decision will vary depending on the facts and context of each case. Some of these factors may include: any representations made by the person sought on the question of surrender in accordance with s. 43(1) of the Act, the conduct of the proceedings in the requesting country before and after the request for extradition, the potential

injuste, pour le Canada, d'extrader l'intéressé. Le paragraphe 40(1) de la Loi énonce le pouvoir général du ministre sur la question de l'extradition :

40. (1) Dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent l'ordonnance d'incarcération, le ministre peut, par un arrêté signé de sa main, ordonner l'extradition vers le partenaire.

Le pouvoir du ministre d'ordonner ou de refuser l'extradition est assujéti aux dispositions du *Traité* et de la Loi, et doit être exercé conformément à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[37] Selon la Loi, la décision du ministre sur l'extradition est limitée par une série de « motifs de refus » obligatoires et discrétionnaires prévus aux art. 44, 46 et 47. Le pouvoir général de refuser prévu à l'al. 44(1)a) présente un intérêt en l'espèce :

44. (1) Le ministre refuse l'extradition s'il est convaincu que :

a) soit l'extradition serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances;

Vu le caractère obligatoire de l'al. 44(1)a), le [TRADUCTION] « ministre doit examiner toutes les circonstances, individuellement et collectivement, pour déterminer si l'extradition serait injuste ou tyrannique » : *United States of America c. Johnson* (2002), 62 O.R. (3d) 327 (C.A.), par. 45. Toutefois, la question de savoir si le ministre est « convaincu » que l'extradition serait injuste ou tyrannique dans des circonstances données relève entièrement de son pouvoir discrétionnaire.

[38] Pour prendre une décision sur la question de l'extradition, le ministre doit apprécier toutes les circonstances pertinentes, en mettant en balance les facteurs qui militent en faveur de l'extradition avec ceux qui y sont défavorables. Les circonstances pertinentes varieront en fonction des faits et du contexte de chaque affaire. Parmi ces facteurs, on retrouve notamment les observations présentées par l'intéressé sur son extradition conformément au par. 43(1) de la Loi, le déroulement de l'instance dans l'État requérant avant et après la demande d'extradition, la peine dont l'intéressé est passible

punishment facing the individual if surrendered, humanitarian issues relating to the personal circumstances of the individual, the timeliness and manner of prosecuting the extradition proceedings in Canada, the need to respect the constitutional rights of the person sought and Canada's international obligations under the *Treaty* and as a responsible member of the international community: see *Bonamie, Re*, 2001 ABCA 267, 293 A.R. 201, at para. 54, and *United States of America v. Cobb*, 2001 SCC 19, [2001] 1 S.C.R. 587, at para. 34.

[39] In carrying out the analysis under s. 44(1)(a) of the Act, the “relevant circumstances” may also include an alleged breach of the rights of the person sought under the *Charter*. As La Forest J. wrote in *Canada v. Schmidt*, [1987] 1 S.C.R. 500, at p. 522, “in some circumstances the manner in which the foreign state will deal with the fugitive on surrender . . . may be such that it would violate the principles of fundamental justice to surrender an accused under those circumstances”. The Court elaborated on this test in *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, stating, at para. 68: “The rule is not that departures from fundamental justice are to be tolerated unless in a particular case it shocks the conscience. An extradition that violates the principles of fundamental justice will always shock the conscience.” (Emphasis deleted.) In turn, as recognized by this Court in *Lake*, at para. 24, where surrender is found to be contrary to the principles of fundamental justice protected by s. 7 of the *Charter*, it will also be unjust and oppressive under s. 44(1)(a), and the Minister must refuse surrender. In this case, Mr. Fischbacher does not contend that the decision to extradite him on a charge of first degree murder violates the *Charter*. Thus a detailed discussion of the relationship between s. 44(1)(a) of the Act and the *Charter* is beyond the scope of this appeal. However, it is worth emphasizing that s. 44(1)(a) entitles the Minister to refuse surrender even where no *Charter* breach is alleged or where an alleged breach is not established. Where a surrender is constitutional, the Minister retains “a residual discretion to refuse surrender as being unjust or oppressive in view of the totality of the relevant circumstances, including, but not limited to, the circumstances alleged to make surrender

s’il est extradé, les questions d’ordre humanitaire liées à la situation personnelle de l’intéressé, le moment et les modalités de la présentation de la demande d’extradition au Canada, la nécessité de respecter les droits constitutionnels de l’intéressé et les obligations internationales du Canada en vertu du *Traité* et à titre de membre responsable de la communauté internationale : voir *Bonamie, Re*, 2001 ABCA 267, 293 A.R. 201, par. 54, et *États-Unis d’Amérique c. Cobb*, 2001 CSC 19, [2001] 1 R.C.S. 587, par. 34.

[39] Les circonstances pertinentes dans l’analyse fondée sur l’al. 44(1)a) de la Loi peuvent aussi inclure une violation alléguée des droits que la *Charte* garantit à l’intéressé. Pour reprendre les propos du juge La Forest dans *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, à la p. 522, « dans certaines situations le traitement que l’État étranger réservera au fugitif extradé [. . .] peut être de telle nature que ce serait une violation des principes de justice fondamentale que de livrer un accusé dans ces circonstances ». La Cour a raffiné ce test dans *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, en précisant, au par. 68 : « La règle ne dit pas que les dérogations aux principes de justice fondamentale doivent être tolérées à moins que, dans un cas donné, la dérogation ne choque la conscience. Une extradition qui viole les principes de justice fondamentale choquera toujours la conscience. » (Soulignement omis.) Comme notre Cour l’a reconnu dans *Lake*, au par. 24, l’extradition jugée contraire aux principes de justice fondamentale garantis par l’art. 7 de la *Charte* sera aussi injuste et tyrannique au sens de l’al. 44(1)a), et le ministre doit la refuser. En l’espèce, M. Fischbacher ne prétend pas que la décision de l’extrader relativement à une accusation de meurtre au premier degré contrevient à la *Charte*. Par conséquent, l’analyse détaillée du lien entre l’al. 44(1)a) de la Loi et la *Charte* dépasse le cadre du présent pourvoi. Il importe toutefois de souligner que l’al. 44(1)a) autorise le ministre à refuser l’extradition même lorsqu’aucune violation de la *Charte* n’est invoquée ou lorsqu’une violation alléguée n’est pas établie. Lorsque l’extradition est constitutionnelle, le ministre conserve son [TRADUCTION] « pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser l’extradition parce qu’elle serait injuste ou tyrannique

inconsistent with the principles of the *Charter*”: *Bonamie*, at para. 47.

[40] If the Minister decides not to surrender the person sought, he must order a discharge in accordance with s. 48(1) of the Act. If surrender is deemed appropriate in the circumstances, the contents of the Minister’s surrender order must conform with s. 58 of the Act. Under s. 58(b), the Minister’s order must specify the offence or conduct for which the person is surrendered in one of three ways:

58. An order of surrender must

(b) describe the offence in respect of which the extradition is requested, the offence for which the committal was ordered or the conduct for which the person is to be surrendered;

[41] Nothing in s. 58(b) requires that the Minister match or “align” the surrender offence with that listed in the ATP or the committal order, nor with the evidence adduced at the hearing. In fact, quite the contrary: s. 58(b) provides the Minister with flexibility in crafting an order of surrender, and clearly contemplates that the wording of the surrender order may differ from that of the ATP and the order of committal: see, e.g., *United States of America v. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), at para. 40.

[42] In the present appeal, the Minister ordered Mr. Fischbacher’s surrender for the American offence of first degree murder, describing the “offence in respect of which the extradition [was] requested” under s. 58(b) of the Act. Mr. Fischbacher submits that the Minister erred in failing to find that a surrender order for first degree murder would be unjust or oppressive under s. 44(1)(a). The alleged injustice results solely from the Minister’s failure to apply the so-called “misalignment” test.

compte tenu de l’ensemble des circonstances pertinentes et notamment, mais non exclusivement, de celles qui la rendraient incompatible avec les principes de la *Charte* » : *Bonamie*, par. 47.

[40] Si le ministre décide de ne pas extraditer un intéressé, il ordonne sa libération conformément au par. 48(1) de la Loi. S’il juge qu’il doit l’extraditer compte tenu des circonstances, la teneur de l’arrêté d’extradition devra être conforme à l’art. 58 de la Loi. Suivant l’al. 58b), le ministre peut procéder de trois façons pour préciser dans son arrêté l’infraction ou les actes pour lesquels l’intéressé sera extradé :

58. L’arrêté d’extradition énonce les points suivants :

b) soit la désignation de l’infraction à l’origine de la demande d’extradition ou figurant à l’ordonnance d’incarcération, soit les actes ayant donné lieu à l’extradition;

[41] L’alinéa 58b) n’oblige pas le ministre à assurer la correspondance ou la « concordance » entre, d’une part, l’infraction visée par l’extradition et, d’autre part, celle indiquée dans l’AII ou dans l’ordonnance d’incarcération, ou la preuve présentée à l’audience. En fait, c’est plutôt le contraire : l’al. 58b) offre au ministre une certaine latitude dans la rédaction de l’arrêté d’extradition et prévoit clairement que le libellé de l’arrêté d’extradition peut être différent de celui de l’AII et de l’ordonnance d’incarcération : voir, p. ex., *United States of America c. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), par. 40.

[42] En l’espèce, le ministre a ordonné l’extradition de M. Fischbacher relativement à l’infraction punissable aux États-Unis de meurtre au premier degré, c’est-à-dire « l’infraction à l’origine de la demande d’extradition », conformément à l’al. 58b) de la Loi. M. Fischbacher prétend que le ministre a commis une erreur en ne concluant pas qu’un arrêté d’extradition pour meurtre au premier degré serait injuste ou tyrannique au sens de l’al. 44(1)a). L’injustice découlerait uniquement du défaut du ministre d’appliquer le critère dit de la « discordance ».

[43] Conceived of in the 2003 decision of the British Columbia Court of Appeal in *Reumayr*, the “misalignment” or “substantially exceeds” test has been relied upon by appellate courts in British Columbia and Ontario to conclude that the Minister must ensure that the foreign evidence satisfies the elements of the foreign charge before he can surrender the person sought for the requested offence.

[44] In *Reumayr* (2003), the Minister ordered the surrender of the person sought on the basis of the foreign offences for which extradition was requested, including the American offence of “attempting to bomb the Trans-Alaska Pipeline by means of explosive devices”. The British Columbia Court of Appeal considered the discrepancy between the committal order, which reflected “the conclusion that the facts alleged did not extend beyond preparation to an attempt under Canadian law”, and the Minister’s surrender order (para. 39). In allowing the application for judicial review and remitting the matter back to the Minister, Mackenzie J.A. set out what has come to be known in British Columbia as the “substantially exceeds” test (at para. 42):

In my view, the statutory scheme does not authorize extradition for offences that substantively exceed the offences that are supported in the committal proceedings. It would defeat the purpose of the committal hearing if the Minister’s discretion extended to surrender for offences substantively beyond those supported by evidence at the committal hearing. [Emphasis added.]

[45] The Minister reconsidered the surrender order as directed by the court and issued a second surrender order in 2004. *Reumayr* again sought judicial review. In *Canada (Minister of Justice) v. Reumayr*, 2005 BCCA 391, 199 C.C.C. (3d) 1, the British Columbia Court of Appeal did not reference or apply the “substantially exceeds” test formulated in the 2003 case, instead employing the conduct-based test for double criminality to find

[43] Les juridictions d’appel de la Colombie-Britannique et de l’Ontario se sont appuyées sur le critère de la « discordance » ou de l’infraction « substantiellement plus grave » — établi par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *Reumayr* rendu en 2003 — pour conclure que le ministre doit s’assurer que la preuve étrangère satisfait aux éléments de l’accusation punissable à l’étranger avant de pouvoir extraditer un intéressé relativement à l’infraction invoquée.

[44] Dans l’affaire *Reumayr* (2003), le ministre avait ordonné l’extradition de l’intéressé sur le fondement des infractions punissables à l’étranger indiquées dans la demande d’extradition, dont l’infraction de [TRADUCTION] « tentative d’attentat à la bombe contre le pipeline Trans-Alaska au moyen de dispositifs explosifs ». La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a examiné la divergence entre l’ordonnance d’incarcération, qui reflétait [TRADUCTION] « la conclusion que les faits reprochés n’allaient pas au-delà de la préparation d’une tentative au sens du droit canadien », et l’arrêté d’extradition du ministre (par. 39). En accueillant la demande de contrôle judiciaire et en renvoyant l’affaire au ministre, le juge Mackenzie a énoncé le critère de l’infraction « substantiellement plus grave » tel qu’il est maintenant connu en Colombie-Britannique (par. 42) :

[TRADUCTION] À mon avis, le régime législatif n’autorise pas l’extradition pour des infractions qui sont substantiellement plus graves que celles qui sont étayées dans le cadre de la procédure d’incarcération. Il serait contraire à l’objet de l’audience relative à l’incarcération que le pouvoir discrétionnaire du ministre lui permette d’ordonner l’extradition pour des infractions substantiellement plus graves que celles étayées par les éléments de preuve présentés à l’audience. [Je souligne.]

[45] Le ministre a réexaminé l’arrêté d’extradition comme l’avait exigé la cour et a pris un deuxième arrêté d’extradition en 2004. Là encore, M. *Reumayr* a demandé le contrôle judiciaire. Dans *Canada (Minister of Justice) c. Reumayr*, 2005 BCCA 391, 199 C.C.C. (3d) 1, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique n’a pas mentionné ni appliqué le critère de l’infraction « substantiellement plus grave » établi dans la décision de

that although the Canadian and American crimes at issue had different constituent elements, the words of the Act made clear that “as long as the conduct supports a Canadian offence, it does not matter what the offence might be or how the constituent elements are described in Canada. The person is liable to extradition” (para. 150).

[46] Despite the 2005 decision in *Reumayr*, the “substantially exceeds” test from *Reumayr* (2003) survived in appellate jurisprudence and became the “misalignment” test in the decision of the Ontario Court of Appeal in *Gorcyca*. There, *Gorcyca* argued that the principle of double criminality “protects him from extradition to face foreign charges based on conduct that has not been found to warrant committal in Canada for the counterpart Canadian offences” (para. 23). Goudge J.A. first dismissed this argument (at para. 55):

In summary, I would conclude that neither the Act nor the Treaty nor the principle of double criminality require the Minister to ensure the precise alignment of the alleged conduct, the Canadian offence in the committal order and the foreign offence as the appellant contends. The Minister can order surrender in terms of the foreign offence for which extradition is sought if the conduct alleged by the foreign state to be sufficient for the foreign prosecution has been found both admissible under the Act and sufficient, if committed here, to justify committal for a Canadian offence that corresponds to that conduct. That is exactly what happened here. The appellant’s misalignment argument must be dismissed. [Emphasis added.]

[47] In *obiter* statements, however, Goudge J.A. went on to consider a “recast version” of the “misalignment” argument which he found “raises the question of whether there is a misalignment between the evidence in the foreign record and

2003. Elle a plutôt appliqué le critère de la double incrimination fondé sur la conduite pour conclure que, même si les crimes en cause au Canada et aux États-Unis comportaient des éléments constitutifs différents, le libellé de la Loi indiquait clairement que [TRADUCTION] « dans la mesure où la conduite constitue une infraction punissable au Canada, la désignation de l’infraction ou la façon dont les éléments constitutifs sont décrits au Canada importent peu. L’intéressé est passible d’extradition » (par. 150).

[46] Malgré l’arrêt *Reumayr* rendu en 2005, le critère de l’infraction « substantiellement plus grave » établi dans l’arrêt *Reumayr* (2003) a survécu dans les arrêts des cours d’appel et est devenu le critère de la « discordance » dans l’arrêt *Gorcyca* de la Cour d’appel de l’Ontario. Dans cette affaire, M. *Gorcyca* avait fait valoir que le principe de la double incrimination [TRADUCTION] « le protége[ait] contre l’extradition pour répondre à des accusations portées à l’étranger relativement à des actes qui ne justifieraient pas son renvoi à procès pour les infractions correspondantes au Canada » (par. 23). Le juge Goudge avait d’abord rejeté cet argument (par. 55) :

[TRADUCTION] En résumé, je concluais que ni la Loi, ni le Traité, ni le principe de la double incrimination n’obligent le ministre à s’assurer de la concordance précise entre la conduite reprochée, l’infraction punissable au Canada indiquée dans l’ordonnance d’incarcération et l’infraction punissable à l’étranger, comme le prétend l’appelant. Le ministre peut ordonner l’extradition relativement aux infractions punissables à l’étranger visées par la demande d’extradition si les actes que l’État étranger affirme suffisants pour justifier une poursuite à l’étranger ont été jugés admissibles selon la Loi et suffisants, s’ils avaient été commis au Canada, pour justifier le renvoi à procès pour une infraction correspondant à cette conduite en droit canadien. C’est exactement ce qui est arrivé en l’espèce. L’argument de l’appelant fondé sur la discordance doit être rejeté. [Je souligne.]

[47] Toutefois, dans des remarques incidentes, le juge Goudge a ensuite examiné la « version remaniée » de l’argument fondé sur la « discordance » qui, selon lui, [TRADUCTION] « soulève la question de savoir si la discordance entre la preuve

the foreign charges sufficient to justify judicial review of the Minister's decision to order surrender in the terms of those charges" (para. 60). Citing with approval the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Reumayr* (2003), Goudge J.A. stated (at paras. 63-64):

Where the Minister chooses to do this [order surrender in terms of the foreign charges], the complaint that the evidence in the foreign record does not sufficiently support the foreign charges can have only very limited reach, in my view. The Minister is not charged with evaluating that evidence against the counterpart Canadian charges in the Authority To Proceed. Nor is there a requirement that the Canadian charges exactly match the foreign charges, as I have attempted to explain. Moreover, the Act requires that the foreign state certify that the evidence is sufficient to justify prosecution on the foreign charges and the principle of international comity requires that this be respected.

This leaves little scope for the recast misalignment argument. In my view, only where there is an absence of evidence on what would appear to be an essential element of the foreign charge in the surrender order could it be argued that the order is plainly unreasonable or unjust or oppressive, at least without an explanation of why it is not. In such circumstances it could well be plainly unreasonable to deport someone where, from Canada's perspective, there would seem to be no possibility of a just conviction. [Emphasis added.]

[48] *Reumayr* (2003) and the *obiter* statements from *Gorcycya* have been subsequently relied upon by the British Columbia and Ontario Courts of Appeal in a handful of cases including, e.g., *Karas v. Canada (Minister of Justice)*, 2007 BCCA 637, 233 C.C.C. (3d) 237; *Saad* (2007), at paras. 17-20; *Narayan v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 BCCA 280, 257 B.C.A.C. 121, at para. 26; and *Kissel*, at para. 39. The instant appeal is the latest in this line of jurisprudence.

[49] With respect, it is my view that to the extent that *Reumayr* (2003) and its offspring stand for the

contenue dans le dossier étranger et les accusations portées à l'étranger est suffisante pour justifier le contrôle judiciaire de la décision du ministre d'ordonner l'extradition sur le fondement de ces accusations » (par. 60). Souscrivant à la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Reumayr* (2003), le juge Goudge a affirmé, aux par. 63-64 :

[TRADUCTION] Lorsque le ministre décide de le faire [ordonner l'extradition relativement aux accusations punissables à l'étranger], la plainte portant que la preuve contenue dans le dossier étranger n'étaye pas suffisamment les accusations étrangères ne peut avoir qu'une portée très limitée, à mon avis. Le ministre n'est pas chargé d'évaluer cette preuve par rapport aux accusations correspondantes au Canada indiquées dans l'arrêt introductif d'instance. Il n'est pas non plus exigé que ces dernières correspondent exactement aux accusations punissables à l'étranger, comme j'ai tenté de l'expliquer. De plus, la Loi oblige l'État étranger à certifier que la preuve est suffisante pour justifier la poursuite relativement aux accusations portées à l'étranger, et le principe de la courtoisie internationale commande le respect à cet égard.

Cela limite beaucoup la portée de l'argument remanié de la discordance. À mon avis, seule l'absence de preuve sur ce qui semblerait être un élément essentiel de l'accusation étrangère indiquée dans l'arrêté d'extradition permettrait de prétendre que l'arrêté est manifestement déraisonnable, injuste ou tyrannique, du moins si aucune explication n'est donnée pour justifier pourquoi il ne le serait pas. En pareilles circonstances, la décision de déporter une personne dans un endroit où, du point de vue du Canada, il ne semble exister aucune possibilité qu'elle soit condamnée équitablement, pourrait bien être manifestement déraisonnable. [Je souligne.]

[48] Les cours d'appel de la Colombie-Britannique et de l'Ontario se sont subséquemment appuyées sur l'arrêt *Reumayr* (2003) et sur les remarques incidentes formulées dans *Gorcycya* dans quelques arrêts, dont *Karas c. Canada (Minister of Justice)*, 2007 BCCA 637, 233 C.C.C. (3d) 237; *Saad* (2007), par. 17-20; *Narayan c. Canada (Minister of Justice)*, 2008 BCCA 280, 257 B.C.A.C. 121, par. 26; et *Kissel*, par. 39. L'appel examiné en l'espèce est le dernier en date de ce courant jurisprudentiel.

[49] Avec égards, je suis d'avis que l'arrêt *Reumayr* (2003) et les décisions qui l'ont suivi ne

principle that the Minister is required to “align” the Canadian and foreign offences by ensuring that the evidence adduced at an extradition hearing supports each element of the foreign offence upon which surrender is ordered, these decisions do not represent the law in Canada. The “misalignment” test adopted by the Court of Appeal in this case is incompatible with three key components of extradition law: conduct-based double criminality; the foundational principle of comity; and the carefully circumscribed role assigned to the extradition judge in the Act. I will explain.

[50] The “misalignment” test is functionally inconsistent with the conduct-based approach to double criminality. By requiring the Minister to assess the parity between the elements of the Canadian offence and the elements of the foreign offence before surrendering the person sought for the latter, the “misalignment” test effectively amounts to adding an offence-based test for double criminality at the final stage of the extradition process. This approach is inconsistent with the provisions of the Act and *Treaty* which clearly specify that conduct — not symmetry between the elements of the Canadian and foreign offences — is determinative of double criminality.

[51] By requiring the Minister to evaluate whether the requested offence is “proper” in light of the foreign evidence, the “misalignment” test amounts to a second-guessing of the foreign state’s assessment of its own law. This sends the message that Canada is suspicious of the ability of the foreign state to assess the evidence against its own law and decide on the appropriate offence. The “misalignment” test is thus incompatible with the principles of “reciprocity, comity and respect for differences in other jurisdictions” that are foundational to the effective operation of the extradition process: *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at p. 844.

représentent pas le droit au Canada dans la mesure où elles appuient le principe voulant que le ministre soit tenu de faire « concorder » les infractions punissables à l'étranger avec les infractions correspondantes au Canada en s'assurant que la preuve présentée à l'audience d'extradition étaye chacun des éléments de l'infraction punissable à l'étranger pour laquelle l'extradition est ordonnée. Le critère de la « discordance » adopté par la Cour d'appel en l'espèce est incompatible avec trois éléments clés du droit de l'extradition : la double incrimination fondée sur la conduite; le principe fondamental de la courtoisie et le rôle soigneusement circonscrit que la Loi attribue au juge d'extradition. Je m'explique.

[50] Le critère de la « discordance » est incompatible, sur le plan fonctionnel, avec l'approche de la double incrimination fondée sur la conduite. En exigeant du ministre qu'il analyse la similitude entre les éléments de l'infraction punissable à l'étranger et ceux de l'infraction correspondante au Canada avant d'extrader l'intéressé pour la première, le critère de la « discordance » équivaut en fait à ajouter un critère fondé sur l'infraction à l'étape finale de la procédure d'extradition. Cette approche est incompatible avec les dispositions de la Loi et du *Traité*, qui indiquent clairement que l'élément déterminant de la double incrimination est la conduite — et non la symétrie entre les éléments de l'infraction punissable à l'étranger et ceux de l'infraction correspondante au Canada.

[51] En exigeant que le ministre détermine si l'infraction invoquée « convient » à la lumière de la preuve étrangère, le critère de la « discordance » équivaut à l'obliger à reconsidérer les conclusions de l'État étranger sur son propre droit. Cela laisserait entendre que le Canada doute de la capacité de l'État étranger à évaluer la preuve au regard de son propre droit et à choisir l'infraction qui convient. Le critère de la « discordance » est donc incompatible avec les principes de « réciprocité, de courtoisie et de respect des différences dans d'autres ressorts » qui sont essentiels au bon fonctionnement de la procédure d'extradition : *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, p. 844.

[52] Comity demands that the requested state maintain a limited role in the extradition process to prevent the proceeding from becoming a trial on the merits. The fundamental tension between comity and any assessment by the Canadian judiciary or executive of the law of the foreign state has been enunciated on numerous occasions by this Court in the context of defining the mandate of the extradition judge under the Act. In *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, at p. 551, this Court explained as follows:

At all events, the assumption by a Canadian court of responsibility for supervising the conduct of the diplomatic and prosecutorial officials of a foreign state strikes me as being in fundamental conflict with the principle of comity on which extradition is based. [Emphasis added.]

See also, e.g., *United States of America v. Kwok*, 2001 SCC 18, [2001] 1 S.C.R. 532, at para. 99, and *McVey*, at pp. 508-10. While the comments in *Mellino* were made in respect of the judicial phase of extradition proceedings, their essential message is equally applicable to the circumstances of the present appeal: it is not for the Canadian authorities, judicial or executive, to evaluate a foreign state's decision to prosecute the person sought for a given offence, nor to assess the sufficiency of the evidence adduced at the committal hearing against the elements of the foreign offence. To do so offends the underlying principle of comity and risks undermining the foundation of effective extradition practice.

[53] Finally, the “misalignment” test adopted by the Court of Appeal is incompatible with the role of the extradition judge defined by s. 29 of the Act. If the Minister were required to compare the elements of the foreign offence against the evidence adduced at the extradition hearing to ensure that the two are “aligned”, the requesting state would have to lead evidence on every element of the foreign offence in the context of the extradition hearing before the Minister could surrender for the requested offence. This would fundamentally

[52] La courtoisie commande que l'État requis intervienne de façon limitée dans la procédure d'extradition pour empêcher qu'elle ne devienne un procès sur le fond. La tension fondamentale entre la courtoisie et toute appréciation du droit de l'État étranger par les pouvoirs judiciaire ou exécutif canadiens a été évoquée à plusieurs reprises par notre Cour dans le contexte de la définition du mandat du juge d'extradition sous le régime de la Loi. Dans *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, p. 551, notre Cour a expliqué ce qui suit :

Quoi qu'il en soit, si un tribunal canadien se chargeait de contrôler la conduite des fonctionnaires diplomatiques et du ministère public d'un État étranger, il me semble que cela entrerait fondamentalement en conflit avec le principe de courtoisie internationale sur lequel repose l'extradition. [Je souligne.]

Voir également, p. ex., *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, 2001 CSC 18, [2001] 1 R.C.S. 532, par. 99, et *McVey*, p. 508-510. Bien que les commentaires faits dans *Mellino* se rapportent à l'étape judiciaire de la procédure d'extradition, ils s'appliquent néanmoins pour l'essentiel aux circonstances de l'espèce : ce n'est pas aux autorités canadiennes, judiciaires ou exécutives, d'évaluer la décision d'un État étranger de poursuivre un intéressé pour une infraction précise, ni d'évaluer la suffisance de la preuve présentée à l'audience relative à l'incarcération par rapport aux éléments de l'infraction punissable à l'étranger. Cela irait à l'encontre du principe sous-jacent de la courtoisie et risquerait d'ébranler les fondements de la pratique efficace en matière d'extradition.

[53] Enfin, le critère de la « discordance » adopté par la Cour d'appel est incompatible avec le rôle du juge d'extradition défini à l'art. 29 de la Loi. Si le ministre était tenu de comparer les éléments de l'infraction punissable à l'étranger à la preuve présentée à l'audience d'extradition pour s'assurer de leur « concordance », l'État requérant devrait produire des éléments de preuve pour chacun des éléments de l'infraction punissable à l'étranger avant que le ministre puisse extradier l'intéressé pour l'infraction invoquée. Cela changerait

change the nature of the extradition judge's inquiry under s. 29 of the Act, which specifies that the judge is to consider only the domestic side of double criminality, looking for evidence in respect of each element of the *Canadian* offence listed in the ATP.

[54] That the Minister is not to assess whether the evidence adduced at a committal hearing satisfies the elements of the foreign offence should not be understood to mean that the Minister has *no* scope to consider foreign law in making his determination on the question of surrender. It is well established that in exceptional circumstances, the panoply of relevant factors that inform a surrender decision may include a significant discrepancy between the jeopardy faced by the person sought in the requesting state and that which he would face if convicted in Canada in respect of the same conduct: see, e.g., *Ross v. United States of America* (1994), 93 C.C.C. (3d) 500 (B.C.C.A.), *per* Taylor J.A., *aff'd* [1996] 1 S.C.R. 469. In these circumstances, the Minister is entitled to include the foreign crime and its attendant penalty as one of many factors under consideration at the surrender stage. In doing so, however, the Minister simply takes account of the potential consequences to the person sought under the foreign law, as opposed to making his own assessment of how the foreign law should apply to the case at issue. Accordingly, the Minister remains within the ambit of his proper role under the Act, and the principle of comity is not undermined.

[55] Ultimately, the reasonableness of the Minister's surrender decision does not turn on whether the elements of the foreign offence "align" with the evidence adduced by the requesting state at the committal hearing. The reasonableness of the decision must be assessed with regard to all the relevant circumstances and the applicable provisions of the Act.

[56] I return now to the facts of the present appeal.

fondamentalement la nature de l'enquête du juge d'extradition prévue à l'art. 29 de la Loi, qui précise que le juge doit examiner uniquement le volet interne de la double incrimination, en cherchant des éléments de preuve relativement à chacun des éléments de l'infraction correspondante au *Canada* indiquée dans l'ATI.

[54] Le fait que le ministre ne doive pas déterminer si la preuve présentée à l'audience relative à l'incarcération satisfait aux éléments de l'infraction punissable à l'étranger ne doit pas être interprété comme signifiant qu'il *ne* peut *aucunement* examiner le droit étranger lorsqu'il se prononce sur la question de l'extradition. Il est bien établi que, dans des circonstances exceptionnelles, un écart important entre le risque qu'encourrait l'intéressé dans l'État requérant et celui auquel il serait exposé s'il était condamné au Canada pour les mêmes actes peut faire partie de l'éventail des facteurs pertinents à prendre en compte pour décider de l'extrader ou non : voir, p. ex., *Ross c. United States of America* (1994), 93 C.C.C. (3d) 500 (C.A.C.-B.), le juge Taylor, *conf. par* [1996] 1 R.C.S. 469. Dans ces circonstances, le ministre peut inclure le crime punissable dans l'autre pays et la peine applicable parmi les nombreux facteurs à examiner à l'étape de l'extradition. Toutefois, pour ce faire, il tient simplement compte des conséquences que pourrait subir l'intéressé selon le droit étranger, plutôt que de s'interroger sur son application dans l'affaire en litige. Ainsi, le ministre n'outrepasse pas son rôle légitime dans le cadre de la Loi, et le principe de la courtoisie reste intact.

[55] En fin de compte, la raisonnabilité de la décision du ministre d'ordonner l'extradition ne dépend pas de la question de savoir si les éléments de l'infraction punissable à l'étranger « concordent » avec la preuve présentée par l'État requérant à l'audience relative à l'incarcération. La raisonnabilité de la décision doit être appréciée au regard de toutes les circonstances pertinentes et des dispositions applicables de la Loi.

[56] Je reviens maintenant aux faits de l'espèce.

5. Was the Minister's Surrender Order Unreasonable?

[57] Under s. 57(2) of the Act, judicial assessment of the Minister's surrender order by the Court of Appeal is a form of administrative law review. In *Lake*, at para. 34, LeBel J. confirmed that the appropriate standard to be applied in reviewing a surrender order is reasonableness.

[58] In the present case, the sole ground upon which the Minister's surrender order is impugned is the failure to "align" the evidence adduced at the extradition hearing with the elements of the foreign offence. Given that the Minister is under no obligation to apply a "misalignment" test in ordering the surrender of the person sought on the requested offence, as discussed above, his failure to do so cannot provide a basis for interfering with his decision. As Mr. Fischbacher points to no other circumstance that would render the surrender decision "unjust or oppressive", I see no reason to interfere with the Minister's order.

6. Disposition

[59] The Crown's appeal is allowed and the order of the Court of Appeal for Ontario set aside. The Minister's surrender order is restored.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

I

[60] Like Justice Charron, but for different reasons, I would allow the appeal. Unlike Justice Charron, however, and with the greatest of respect, I agree with Justice Doherty, speaking for the court below, that a substantial discrepancy between the evidence placed before the extradition judge and the evidence that is plainly required to establish an undisputed element of the foreign offence may, in the absence of a reasonable explanation, warrant judicial intervention in the Minister's order of surrender.

5. L'arrêté d'extradition du ministre était-il déraisonnable?

[57] Suivant le par. 57(2) de la Loi, l'examen judiciaire de l'arrêté d'extradition du ministre par la Cour d'appel est une forme de contrôle de l'action administrative. Dans *Lake*, au par. 34, le juge LeBel a confirmé que la norme de contrôle d'un arrêté d'extradition est celle de la raisonabilité.

[58] En l'espèce, le seul motif invoqué pour contester l'arrêté d'extradition du ministre est l'omission de faire « concorder » la preuve présentée à l'audience d'extradition avec les éléments de l'infraction punissable à l'étranger. Étant donné que le ministre n'est pas obligé d'appliquer le critère de la « discordance » lorsqu'il ordonne l'extradition de l'intéressé relativement à l'infraction invoquée, comme nous l'avons vu, son omission à cet égard ne saurait fonder l'annulation de sa décision. Comme M. Fischbacher ne fait valoir aucune autre circonstance qui rendrait la décision de l'extrader « injuste ou tyrannique », je ne vois aucune raison de modifier l'arrêté du ministre.

6. Dispositif

[59] Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de la Cour d'appel de l'Ontario est annulée. L'arrêté d'extradition du ministre est rétabli.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

I

[60] À l'instar de la juge Charron, mais pour des motifs différents, je suis d'avis d'accueillir l'appel. Par contre, contrairement à elle, mais avec le plus grand respect, je souscris à l'avis exprimé par le juge Doherty au nom de la juridiction inférieure, selon lequel une discordance importante entre la preuve présentée au juge d'extradition et la preuve manifestement requise pour établir un élément non contesté de l'infraction punissable à l'étranger justifie, en l'absence d'explication raisonnable, l'intervention judiciaire à l'égard de l'arrêté d'extradition pris par le ministre.

[61] As we shall see, this view of the law is firmly rooted in an unbroken line of recent and unanimous decisions of the Ontario Court of Appeal. Not a single decision to the contrary has been brought to our attention, though the British Columbia Court of Appeal has very recently adopted a more deferential approach: see *Karas v. Canada (Minister of Justice)*, 2009 BCCA 1, 240 C.C.C. (3d) 293.

[62] In this light, and in light of the *Extradition Act* itself (S.C. 1999, c. 18), I am unable to agree with my colleague that judicial intervention in a Minister's order of surrender on this ground is incompatible with conduct-based double criminality, with the requirement of comity or with the role assigned to the extradition judge under the *Extradition Act* (reasons of Justice Charron, at para. 49).

[63] An absence of evidence on an essential element of the offence for which extradition is sought is an absence of evidence that the offence was committed. In my respectful view, neither comity nor conduct-based double criminality authorizes the Minister to issue a warrant of surrender for trial on an offence for which there is an absence of evidence. And I believe that the *Extradition Act* is intended to prevent this from occurring.

[64] I agree, of course, with Justice Charron that the Minister has been granted broad discretion in issuing surrender orders under the *Extradition Act*. That discretion, however, is subject to judicial review pursuant to s. 57(7) of the Act. Speaking for the Court in *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, where the main issue was "the standard to be applied in reviewing the Minister's assessment of a fugitive's *Charter* rights" (para. 34), LeBel J. thus took care to note (at para. 26):

Section 57(7) provides that the grounds for judicial review of the Minister's decision to order surrender

[61] Comme nous le verrons, cette interprétation du droit trouve de solides assises dans une série ininterrompue d'arrêts récents et unanimes de la Cour d'appel de l'Ontario. Absolument aucune décision contraire n'a été portée à notre attention, bien que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ait tout récemment adopté une plus grande retenue : voir *Karas c. Canada (Minister of Justice)*, 2009 BCCA 1, 240 C.C.C. (3d) 293.

[62] Compte tenu de ce courant jurisprudentiel et de la teneur même de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18, je ne peux adhérer à l'opinion de ma collègue selon laquelle ce motif d'intervention judiciaire à l'égard de l'arrêté d'extradition pris par le ministre serait incompatible avec la double incrimination fondée sur la conduite, avec l'obligation de courtoisie ou avec le rôle que la *Loi sur l'extradition* attribue au juge d'extradition (motifs de la juge Charron, par. 49).

[63] En l'absence de preuve d'un élément essentiel de l'infraction visée par la demande d'extradition, il y a absence de preuve de la perpétration de l'infraction. En toute déférence, j'estime que ni la courtoisie ni la double incrimination fondée sur la conduite n'autorisent le ministre à lancer un mandat d'extradition afin que l'intéressé subisse son procès pour une infraction à l'égard de laquelle il y a absence de preuve. Je crois aussi que la *Loi sur l'extradition* vise à éviter que cela se produise.

[64] Je suis bien sûr d'accord avec la juge Charron pour dire que la *Loi sur l'extradition* confère au ministre un large pouvoir discrétionnaire relativement à la prise d'un arrêté d'extradition. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est toutefois susceptible de révision judiciaire conformément au par. 57(7) de la Loi. Dans *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, où la question principale était de savoir « quelle norme de contrôle judiciaire s'applique à l'appréciation ministérielle des droits constitutionnels du fugitif » (para. 34), le juge LeBel a pris soin de préciser, au par. 26 :

Le paragraphe 57(7) prévoit que la cour d'appel de la province peut réviser sa décision [d'ordonner l'extradition]

are those on which the Federal Court may grant relief under s. 18.1(4) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7. Thus, under s. 57(2), judicial assessment of the Minister's decision by the court of appeal is a form of administrative law review and must be conducted in accordance with the applicable administrative law standard. As I will explain below, it is my view that the applicable standard is reasonableness.

This view of the law, read in the context of the issue in *Lake*, is not in dispute and it is unnecessary for the present purposes to reproduce all of the grounds of judicial review set out by Parliament in s. 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7. I think it sufficient to say that *Lake* commands great deference for Ministerial decisions to surrender, but was not intended to subject some of those grounds, for example that the Minister "acted without jurisdiction" (s. 18.1(4)(a)), to the "reasonableness" standard that applies to a weighing of relevant factors or an appreciation of the evidence placed before the Minister.

II

[65] As mentioned at the outset, Justice Doherty's understanding of the law is firmly rooted in an unbroken line of recent and unanimous decisions in the Ontario Court of Appeal.

[66] In *United States of America v. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97, Rosenberg J.A. (Moldaver and Simmons J.J.A. concurring) framed the principle I have mentioned in jurisdictional terms:

It would seem to me that, leaving aside specific extradition arrangements and s. 59, if the Minister ordered the surrender of a person for an offence that did not come within the conduct described in the committal order, he would have acted without jurisdiction. [para. 45]

Neither of the mentioned exceptions is relevant here.

[67] In *United States of America v. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403, Goudge J.A. (Weiler and Rouleau J.J.A. concurring) held

pour les mêmes motifs que la Cour fédérale en application du par. 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7. La révision de la décision du ministre par la cour d'appel que prévoit le par. 57(2) relève donc du contrôle de l'action administrative et doit être effectuée au regard de la norme applicable en la matière. Comme je l'explique ci-après, j'estime que cette norme est celle de la décision raisonnable.

Cette interprétation du droit, dans le contexte de la question soulevée dans *Lake*, n'est pas en litige et il n'est pas nécessaire pour trancher le pourvoi de reproduire tous les motifs de contrôle judiciaire énumérés par le Parlement à l'art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7. Qu'il suffise de dire que l'arrêt *Lake* commande une grande retenue à l'égard des décisions du ministre d'ordonner l'extradition, mais n'entendait pas assujettir certains de ces motifs, par exemple le fait que le ministre « a agi sans compétence » (al. 18.1(4)a)), à la norme de la décision « raisonnable » qui s'applique à l'appréciation des facteurs pertinents ou à l'appréciation de la preuve présentée au ministre.

II

[65] Comme je l'ai mentionné plus tôt, le raisonnement juridique du juge Doherty trouve de solides assises dans une série ininterrompue d'arrêts récents et unanimes de la Cour d'appel de l'Ontario.

[66] Dans *United States of America c. Saad* (2004), 183 C.C.C. (3d) 97, le juge Rosenberg (avec l'accord des juges Moldaver et Simmons) a énoncé le principe mentionné plus tôt sous l'angle de la compétence :

[TRADUCTION] Il me semble que le ministre agirait sans compétence si, abstraction faite d'arrangements particuliers en matière d'extradition et de l'art. 59, il ordonnait l'extradition d'une personne pour une infraction qui ne correspond pas aux actes décrits dans l'ordonnance d'incarcération. [par. 45]

Les deux exceptions mentionnées ne sont pas pertinentes en l'espèce.

[67] Dans *United States of America c. Gorcyca*, 2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403, le juge Goudge (avec l'accord des juges Weiler et Rouleau) a statué

that “[if] there is an absence of evidence on what would appear to be an essential element of the foreign charge in the surrender order . . . it could well be plainly unreasonable to deport someone where, from Canada’s perspective, there would seem to be no possibility of a just conviction” (para. 64).

[68] In *Canada (Minister of Justice) v. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393, released the same day, O’Connor A.C.J.O. (Rosenberg and Cronk J.J.A. concurring) found that a Minister’s decision to surrender in the face of such a “misalignment” (a term I shall presently explain) could be set aside for two reasons (para. 17). The first is that such an order is unjust and oppressive under s. 44(1)(a) of the *Extradition Act*. The second is that it is plainly unreasonable and therefore reviewable under s. 57(7) of the *Extradition Act* and, by reference, s. 18.1(4) of the *Federal Courts Act*. See *United States of America v. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99 (Ont. C.A.), at p. 112, aff’d [1996] 1 S.C.R. 467. In *Saad*, the Court of Appeal specified that differences in form or in particulars between the Canadian and foreign offences were not sufficient under either test (paras. 19-20). The differences must be *substantive*.

[69] More recently still, in *United States of America v. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481, the Ontario Court of Appeal set aside, in part, an order of surrender on American charges of conspiracy to launder money and witness tampering. Sharpe J.A. (Feldman and Simmons J.J.A. concurring) agreed that the test for surrender is conduct-based, but held that surrender could not be ordered in respect of a foreign offence in the absence of any evidence of the prohibited conduct that is an essential element of that offence (paras. 39-40).

[70] Moreover, to permit the Minister to order surrender in respect of impugned conduct for which no evidence was placed before the extradition judge

que, en [TRADUCTION] « l’absence de preuve sur ce qui semblerait être un élément essentiel de l’accusation étrangère indiquée dans l’arrêté d’extradition [. . .], la décision de déporter une personne dans un endroit où, du point de vue du Canada, il ne semble exister aucune possibilité qu’elle soit condamnée équitablement, pourrait bien être manifestement déraisonnable » (par. 64).

[68] Dans l’arrêt *Canada (Minister of Justice) c. Saad*, 2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393, rendu le même jour, le juge en chef adjoint O’Connor (avec l’accord des juges Rosenberg et Cronk) a conclu que la décision du ministre d’extrader l’intéressé en présence d’une telle « discordance » (terme que j’expliquerai) pouvait être infirmée pour deux motifs (par. 17). Premièrement, l’arrêté est injuste et tyrannique au sens de l’al. 44(1)a) de la *Loi sur l’extradition*. Deuxièmement, il est manifestement déraisonnable et, partant, susceptible de révision en application du par. 57(7) de la *Loi sur l’extradition* et, par renvoi, du par. 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Voir *United States of America c. Whitley* (1994), 94 C.C.C. (3d) 99 (C.A. Ont.), p. 112, conf. par [1996] 1 R.C.S. 467. Dans l’affaire *Saad*, la Cour d’appel a précisé que des dissemblances dans la forme ou les détails entre l’infraction canadienne et celle qui est punissable à l’étranger ne suffisent pas selon l’un ou l’autre de ces deux critères (par. 19-20). Les différences doivent être *substantielles*.

[69] Encore plus récemment, dans *United States of America c. Kissel*, 2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481, la Cour d’appel de l’Ontario a annulé en partie un arrêté d’extradition visant des accusations de complot pour blanchir de l’argent et de subornation de témoin. Le juge Sharpe (avec l’accord des juges Feldman et Simmons) a reconnu que le test applicable en matière d’extradition est fondé sur la conduite, mais il a statué que l’extradition ne pouvait être ordonnée pour une infraction punissable à l’étranger en l’absence de toute preuve de la conduite reprochée qui constitue un élément essentiel de l’infraction (par. 39-40).

[70] De plus, permettre au ministre d’ordonner l’extradition pour une conduite reprochée à l’égard de laquelle aucune preuve n’a été présentée au juge

would, in the absence of a reasonable explanation, create a total disconnect between the judicial and executive functions under the *Extradition Act*. I agree that these are different functions. But they are meant to complement and not to contradict one another — to operate in a harmonious and not discordant manner.

[71] Thus, the Minister and not the judge decides which Canadian offence best captures the *conduct* for which extradition is sought. In virtue of s. 15(3)(c) of the Act, the Minister's authority to proceed ("ATP") with the request for extradition *must contain* "the name of the offence or offences under Canadian law that correspond to the alleged conduct of the person [sought] . . . , as long as one of the offences would be punishable in accordance with paragraph 3(1)(b)". These requirements are cumulative, not alternative. The designated offence must, as a matter of law, combine two characteristics: (1) it must "correspond to the alleged conduct" of the person sought; *and* (2) it must be punishable by imprisonment for a maximum term of five years or more in the case of a specific agreement, or by imprisonment for a maximum term of two years or more in any other case. Neither of these characteristics is alone sufficient to satisfy the plain meaning and evident objective of s. 15(3)(c) of the Act.

[72] The judge and not the Minister then determines whether the evidence adduced at the extradition hearing would warrant committal to trial on the Canadian offence set out by the Minister in the ATP if *that conduct* had occurred in Canada. This judicial determination is made without reference to the foreign offence. But where it rests on findings of fact that necessarily relate to the *conduct* of both the Canadian offence and the offence for which extradition is sought, those findings cannot be disregarded by the Minister. To hold otherwise is to amputate one of the two essential characteristics of the *Extradition Act*: discretionary executive authority vested in the Minister and a judicial determination regarding the conduct in respect of which extradition is sought. That conduct is examined through the prism of Canadian law. But it remains the very conduct which, in the Minister's

d'extradition créerait, en l'absence d'explication raisonnable, une rupture totale entre les fonctions judiciaires et exécutives établies par la *Loi sur l'extradition*. Je conviens qu'il s'agit de fonctions distinctes, mais elles sont censées se compléter et non se contredire — être exercées en harmonie et non en dissonance.

[71] Ainsi, c'est le ministre et non le juge qui décide quelle infraction canadienne correspond le mieux aux *actes* pour lesquels l'extradition est demandée. Selon l'al. 15(3)c) de la Loi, l'arrêt introductif d'instance du ministre (« AII ») concernant la demande d'extradition *comporte* « la désignation des infractions qui, du point de vue du droit canadien, correspondent à l'ensemble des actes reprochés à l'intéressé [. . .] et dont au moins l'une d'entre elles serait sanctionnée de la façon prévue à l'alinéa 3(1)b) ». Ces exigences sont cumulatives et non subsidiaires. L'infraction désignée doit, sur le plan juridique, combiner deux caractéristiques : (1) correspondre aux « actes reprochés à l'intéressé »; *et* (2) être sanctionnée par une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans ou plus, dans le cas où un accord spécifique s'applique, ou par une peine d'emprisonnement maximale de deux ans ou plus, dans le cas contraire. Aucune de ces deux caractéristiques ne suffit à elle seule suivant le sens clair et l'objectif manifeste de l'al. 15(3)c) de la Loi.

[72] C'est le juge, et non le ministre, qui détermine alors si la preuve produite lors de l'audience relative à l'incarcération justifierait le renvoi à procès pour l'infraction canadienne désignée par le ministre dans l'AII si *les actes* avaient été commis au Canada. Le juge rend cette décision sans égard à l'infraction punissable à l'étranger. Néanmoins, lorsqu'elle repose sur des conclusions de fait qui touchent nécessairement les *actes* inhérents à la fois à l'infraction canadienne et à l'infraction visée par la demande d'extradition, le ministre ne peut faire abstraction de ces conclusions. Affirmer le contraire amputerait la *Loi sur l'extradition* de l'une de ses deux caractéristiques essentielles : le pouvoir exécutif discrétionnaire dévolu au ministre et l'appréciation judiciaire des actes pour lesquels l'extradition est demandée. Ces actes sont examinés à travers le prisme du droit canadien. Mais ils

own view, crystallized in the ATP, corresponds to the alleged conduct for which the person is sought to be tried by the requesting state.

[73] I hasten to make it clear once more that the extradition judge is not concerned with the essential elements of the foreign offence, and that the Minister, in making an order to surrender, is not limited by the essential elements of the Canadian offence upon which committal has been ordered by the extradition judge. As Doherty J.A. put it in the Court of Appeal, “differences between the offence in the surrender order and the offence for which the fugitive was committed will render the surrender order unreasonable only in limited circumstances” (2008 ONCA 571, 91 O.R. (3d) 401, at para. 25 (emphasis added)). One of those circumstances, in my view, is where there is evidence to support the Canadian offence but a total absence of evidence on one or more of the essential elements of the foreign offence for which surrender is ordered without explanation.

[74] Under Article 9 of the extradition treaty that concerns us here (Can. T.S. 1976 No. 3), the Minister must be provided by the requesting state with “a statement of the facts of the case [and] the text of the laws of the requesting State describing the offence”. The Minister cannot be expected to challenge this required description of the offence for which extradition is sought. But nor, in my view, may the Minister disregard it in determining whether there is at least some evidence on its essential elements. The extradition arrangement leaves no room for wilful blindness regarding either the essential elements of the offence for which extradition is sought or a total lack of evidence with respect to one or more of those elements.

III

[75] In Justice Charron’s view, “the Minister is not to assess whether the evidence adduced at a

demeurent les actes qui, du point de vue du ministre, cristallisés dans l’AII, correspondent aux actes reprochés pour lesquels l’État requérant veut que l’intéressé subisse son procès.

[73] Je m’empresse de préciser à nouveau que le juge d’extradition ne tient pas compte des éléments essentiels de l’infraction punissable à l’étranger et que le ministre, en prenant un arrêté d’extradition, n’est pas limité par les éléments essentiels de l’infraction canadienne pour laquelle le juge d’extradition a ordonné l’incarcération. Pour reprendre les termes employés par le juge Doherty de la Cour d’appel, les [TRADUCTION] « différences entre l’infraction indiquée dans l’arrêté d’extradition et l’infraction pour laquelle le fugitif a été incarcéré ne rendront l’arrêté d’extradition déraisonnable que dans des circonstances limitées » (2008 ONCA 571, 91 O.R. (3d) 401, par. 25 (je souligne)). Ces circonstances englobent, selon moi, celles dans lesquelles il existe des éléments de preuve qui étayent l’infraction canadienne, mais il n’existe absolument aucune preuve sur un ou plusieurs éléments essentiels de l’infraction punissable à l’étranger pour laquelle l’extradition est néanmoins ordonnée, sans explication.

[74] Selon l’article 9 du traité d’extradition applicable en l’espèce (R.T. Can. 1976 n° 3), l’État requérant doit fournir au ministre un « énoncé des faits [et le] texte des dispositions des lois de l’État requérant décrivant l’infraction ». On ne peut s’attendre à ce que le ministre mette en doute cette description obligatoire de l’infraction pour laquelle l’extradition est demandée. Je crois toutefois que le ministre ne peut pas non plus l’ignorer lorsqu’il détermine s’il existe au moins une preuve quelconque des éléments essentiels de l’infraction. L’arrangement en matière d’extradition exclut toute possibilité d’aveuglement volontaire à l’égard de l’un ou l’autre des éléments essentiels de l’infraction pour laquelle l’extradition est demandée ou à l’égard de l’absence totale de preuve relativement à un ou plusieurs de ces éléments.

III

[75] De l’avis de la juge Charron, « le ministre ne doit [t] pas déterminer si la preuve présentée à

committal hearing satisfies the elements of the foreign offence” (para. 54). If this is meant to suggest that the Minister can turn a blind eye to a total absence of evidence on an undisputed element of the foreign offence, then, for the reasons given, I respectfully disagree.

[76] My colleague adds that, “in exceptional circumstances, the panoply of relevant factors that inform a surrender decision may include a significant discrepancy between the jeopardy faced by the person sought in the requesting state and that which he would face if convicted in Canada in respect of the same conduct” (para. 54). As I understand my colleague’s reasons, this exception for a *discrepancy in jeopardy* relates only to *punishment*, or *the relative gravity of the offences*, and takes no account of the reasonableness of a conviction on the available evidence — even where there is no evidence at all on one or more elements of the foreign offence. In my respectful view, “jeopardy” is a function not only of the penalty provided, but of the reasonableness and likelihood of its illegal or unjust imposition.

[77] I return now to the issue that concerns us here: what some appellate courts have characterized as a substantive inconsistency — or “misalignment” — between the committal proceedings and the order of surrender. The term “misalignment” has given rise to some misunderstanding which should not obscure its limited meaning.

[78] “Misalignment” does not refer to a difference between the essential elements of the foreign offence specified in the Minister’s order of surrender and the essential elements of the Canadian offence for which the extradition judge has committed the fugitive. In the present context, “misalignment” is simply meant to signify a substantial discrepancy between the evidence placed before the extradition judge and the evidence that is plainly required to establish an undisputed element of the foreign offence.

l’audience relative à l’incarcération satisfait aux éléments de l’infraction punissable à l’étranger » (par. 54). S’il faut entendre par là que le ministre peut fermer les yeux sur l’absence totale de preuve d’un élément non contesté de l’infraction punissable à l’étranger, alors, pour les motifs déjà exposés et soit dit en toute déférence, je ne partage pas son opinion.

[76] Ma collègue ajoute que, « dans des circonstances exceptionnelles, un écart important entre le risque qu’encourrait l’intéressé dans l’État requérant et celui auquel il serait exposé s’il était condamné au Canada pour les mêmes actes peut faire partie de l’éventail des facteurs pertinents à prendre en compte pour décider de l’extrader ou non » (par. 54). À ce que je comprends des motifs de ma collègue, cette exception liée à un *écart sur le plan du risque* ne concerne que le *châtiment*, ou *la gravité relative des infractions*, et ne tient aucun compte du caractère raisonnable d’une condamnation au regard de la preuve disponible — même en l’absence de toute preuve sur l’un ou plusieurs des éléments de l’infraction punissable à l’étranger. En toute déférence, j’estime que le « risque » tient non seulement à la peine prévue, mais également à la raisonabilité et à la probabilité qu’elle soit infligée illégalement ou injustement.

[77] Revenons à la question que nous devons trancher en l’espèce : ce que certaines juridictions d’appel ont qualifié d’écart important — ou de « discordance » — entre la procédure d’incarcération et l’arrêté d’extradition. Le terme « discordance » a engendré une certaine confusion, qui ne doit pas en occulter le sens limité.

[78] La « discordance » ne renvoie pas à une différence entre les éléments essentiels de l’infraction punissable à l’étranger désignée dans l’arrêté d’extradition et les éléments essentiels de l’infraction canadienne pour laquelle le juge d’extradition a ordonné l’incarcération de l’intéressé. Dans le présent contexte, le terme « discordance » veut simplement désigner une différence importante entre la preuve présentée au juge d’extradition et la preuve manifestement requise pour établir un élément non contesté de l’infraction punissable à l’étranger.

[79] It is true, as Justice Charron points out, that it will not always be perfectly clear whether the foreign law requires proof of the identified element. There may be disputes between experts as to the precise meaning of the law in question. Where such a dispute exists, the Minister's decision to surrender would not be an unreasonable exercise of discretion. But where there is no dispute as to the essential elements, nor any question that there is a complete lack of evidence on one or more of the essential elements, it cannot be reasonable to order surrender of the fugitive without explanation.

[80] While that explanation, if there is one, should normally be provided by the Minister, it may also appear from other materials before the court on an application for judicial review. Indeed, it may well appear from the evidence adduced before the extradition judge.

[81] I agree with Justice Doherty, for the reasons he has given, that the Minister's explanation for the surrender order made in this case was entirely inadequate. With respect, however, I do believe that the record itself provides a sufficient explanation.

[82] It is true that the extradition judge found that there was no evidence of planning or deliberation before him and that Mr. Fischbacher's impugned conduct, had it occurred in Canada, would not warrant committal to trial for first degree murder. The Minister was entitled to consider, as he evidently did, that the finding of the extradition judge was inconclusive as regards the existence of evidence of "premeditation" within the meaning of the relevant Arizona statute.

[83] The Minister did have before him the opinion of one Arizona attorney that the "premeditation" requirement on a charge of first degree murder in that state means that the murder was "both planned and deliberate" — the standard applicable in Canada. The Minister, however, was hardly bound by that opinion, which was largely based on the

[79] Il est vrai, comme le souligne la juge Charron, qu'il ne sera pas toujours parfaitement clair si le droit étranger exige la preuve de l'élément en cause. Il est possible que les experts ne s'entendent pas sur la signification précise du droit applicable. Le cas échéant, le ministre n'exercerait pas son pouvoir discrétionnaire de façon déraisonnable en décidant d'ordonner l'extradition. Lorsque, toutefois, les éléments essentiels ne sont pas contestés et l'absence totale de preuve sur un ou plusieurs éléments est indéniable, l'extradition de l'intéressé ne peut pas être raisonnable en l'absence d'une explication.

[80] Bien que, le cas échéant, cette explication doive normalement être donnée par le ministre, elle peut aussi ressortir d'autres documents soumis au tribunal dans le cadre d'une demande de révision judiciaire. En fait, il est très possible qu'elle se dégage de la preuve présentée devant le juge d'extradition.

[81] Je pense comme le juge Doherty, pour les motifs qu'il a lui-même exposés, que le ministre n'a pas expliqué adéquatement pourquoi il a pris un arrêté d'extradition en l'espèce. Je crois toutefois, avec égards, que le dossier même offre une explication suffisante.

[82] Certes, le juge d'extradition a conclu qu'aucune preuve que le meurtre aurait été commis avec préméditation et de propos délibéré (« *planned and deliberate* ») ne lui avait été soumise et que les actes reprochés à M. Fischbacher, s'ils avaient été commis au Canada, n'auraient pas justifié son renvoi à procès pour meurtre au premier degré. Le ministre pouvait toutefois considérer, comme il l'a manifestement fait, que la conclusion du juge d'extradition n'était pas concluante quant à l'existence d'une preuve de « préméditation » (« *premeditation* ») au sens de la loi applicable de l'Arizona.

[83] Le ministre disposait de l'opinion d'un avocat de l'Arizona selon laquelle la « préméditation » exigée relativement à une accusation de meurtre au premier degré dans cet État signifiait que le meurtre devait avoir été commis à la fois « avec préméditation et de propos délibéré » comme l'exige le droit canadien. Le ministre n'était

judgment of the Arizona Supreme Court in *State v. Thompson*, 204 Ariz. 471 (2003) — a decision that must now be read in the light of the same court's subsequent judgment in *State v. Kiles*, 213 P.3d 174 (2009). In *Kiles*, at para. 18, the court found no error in the following instruction on the requirement of premeditation under Arizona law:

Premeditation means the defendant acts with the knowledge that he will kill another human being, when such intention or knowledge precedes the killing by a length of time to permit reflection. An act is not done with premeditation if it is the instant effect of a sudden quarrel or heat of passion.

[84] This is not the test that the extradition judge was required to apply in determining whether, on the evidence before him, Mr. Fischbacher's conduct was capable of satisfying the "planned and deliberate" requirement for first degree murder in Canada. In light of *Kiles*, however, I am unable to say there was in this case a total absence of evidence that is plainly required to establish premeditation under Arizona law.

[85] Though this alone would hardly suffice, the Minister did have before him an indictment returned by the grand jury in Arizona, charging Mr. Fischbacher with first degree murder, and a warrant of arrest signed by a Superior Court judge on the strength of that indictment. The Minister had as well a Certification of the Record of the Case for the Prosecution by a Deputy County Attorney attesting to the sufficiency, under Arizona law, of the summarized evidence to support a conviction for first degree murder.

[86] Nothing in the findings of the extradition judge pursuant to the committal proceedings in Canada is inconsistent with the grand jury indictment, the warrant issued by the Superior Court in Arizona, or the certified opinion of the Deputy County Attorney.

toutefois pas vraiment lié par cette opinion, qui reposait en grande partie sur la décision de la Cour suprême de l'Arizona dans *State c. Thompson*, 204 Ariz. 471 (2003) — un arrêt qui doit maintenant être interprété à la lumière de la décision subséquente de la même cour dans l'affaire *State c. Kiles*, 213 P.3d 174 (2009). Dans *Kiles*, au par. 18, la cour n'a pas constaté d'erreur dans l'instruction suivante sur la préméditation exigée par le droit de l'Arizona :

[TRADUCTION] On entend par préméditation que le défendeur a agi en sachant qu'il causerait la mort d'un autre être humain, et qu'il le savait ou avait cette intention avant le meurtre, depuis assez longtemps pour avoir pu réfléchir à ses actes. Un acte n'est pas commis avec préméditation s'il est la conséquence immédiate d'une querelle soudaine ou du feu de la passion.

[84] Il ne s'agit pas du test que le juge d'extradition devait utiliser pour déterminer si, selon la preuve dont il disposait, les actes de M. Fischbacher pouvaient répondre au critère de la préméditation et du propos délibéré exigés pour qu'il y ait meurtre au premier degré en droit canadien. Toutefois, au regard de l'arrêt *Kiles*, je ne puis conclure en l'espèce à l'absence totale de la preuve manifestement requise pour établir la préméditation selon le droit de l'Arizona.

[85] Bien que cela ne suffise pas vraiment en soi, le ministre avait devant lui un acte d'accusation rapporté par le grand jury en Arizona, dans lequel M. Fischbacher était accusé de meurtre au premier degré, et un mandat d'arrêt signé par un juge de la Cour supérieure sur la foi de cet acte d'accusation. Le ministre avait aussi en sa possession une certification du dossier d'extradition signée par un sous-procureur du comté attestant que, selon le droit de l'Arizona, la preuve résumée était suffisante pour étayer une condamnation pour meurtre au premier degré.

[86] Aucune conclusion tirée par le juge d'extradition à l'issue de la procédure d'incarcération au Canada n'est incompatible avec la mise en accusation par le grand jury, le mandat lancé par la Cour supérieure en Arizona ou l'opinion certifiée du sous-procureur du comté.

IV

[87] I agree with Justice Doherty's statement of the governing principle of law. Where there is no evidence before the Minister capable of supporting an undisputed and essential element of the offence for which extradition is sought, the Minister's decision to surrender for that offence may well be unreasonable, absent some explanation.

[88] In this case, however, bearing in mind the elements I have mentioned and the discretion vested in the Minister, I cannot say he acted unreasonably in ordering the surrender of Mr. Fischbacher for trial in Arizona on a charge of first degree murder. As stated at the outset, I would therefore dispose of the appeal as Justice Charron suggests.

Appeal allowed.

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

Solicitors for the respondent: Lafontaine & Associates, Toronto.

IV

[87] Je souscris à l'énoncé du principe juridique applicable formulé par le juge Doherty. Lorsque aucune preuve pouvant établir un élément non contesté et essentiel de l'infraction visée par la demande d'extradition n'est présentée au ministre, la décision du ministre d'ordonner l'extradition pour cette infraction peut très bien être déraisonnable en l'absence d'une explication.

[88] Cependant, dans le présent dossier, compte tenu des éléments que j'ai mentionnés et du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre, il m'est impossible d'affirmer que le ministre a agi de façon déraisonnable en ordonnant que M. Fischbacher soit extradé afin de subir son procès pour meurtre au premier degré en Arizona. Par conséquent, comme je l'ai mentionné au début de mes motifs, je suis d'avis de trancher le pourvoi comme le propose la juge Charron.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Lafontaine & Associates, Toronto.

Minister of Education, Recreation and Sports and Attorney General of Quebec *Appellants/ Respondents on cross-appeal*

v.

Hong Ha Nguyen, Audrey Smith, Parthasarothi Dey, Kazal Das, Dipinkar Dhar, Abu Taher, Sashitharan Nadarajah, Rajendra Carpanen, Ginette Bégin, Mohan Shikder, Thi Thu Hang Nguyen, Iqbal Khan, Yuk-Kwong Tiu, Shafik Ayad, Mumtaz Hussain Khan, Kim Sreang Lech, Keav Jennifer Taing, Parminder Kaur Miranpuri, Fucheng Ye, Lian Ye, Annie Laurin, Talwinder Bindra, Virender Singh Jamwal, Gilberte Dorméus, Rafed Mustafa and Danny Lok *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

Attorney General of Canada, Administrative Tribunal of Québec, Quebec Association of Independent Schools, Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest, Quebec English School Boards Association, Quebec Provincial Association of Teachers, Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques and Commissioner of Official Languages for Canada *Interveners*

- and -

Minister of Education, Recreation and Sports and Attorney General of Quebec *Appellants/ Respondents on cross-appeal*

v.

Talwinder Bindra *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

Ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport et procureur général du Québec *Appellants/ Intimés à l'appel incident*

c.

Hong Ha Nguyen, Audrey Smith, Parthasarothi Dey, Kazal Das, Dipinkar Dhar, Abu Taher, Sashitharan Nadarajah, Rajendra Carpanen, Ginette Bégin, Mohan Shikder, Thi Thu Hang Nguyen, Iqbal Khan, Yuk-Kwong Tiu, Shafik Ayad, Mumtaz Hussain Khan, Kim Sreang Lech, Keav Jennifer Taing, Parminder Kaur Miranpuri, Fucheng Ye, Lian Ye, Annie Laurin, Talwinder Bindra, Virender Singh Jamwal, Gilberte Dorméus, Rafed Mustafa et Danny Lok *Intimés/Appellants à l'appel incident*

et

Procureur général du Canada, Tribunal administratif du Québec, Association des écoles privées du Québec, Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest, Association des commissions scolaires anglophones du Québec, Association provinciale des enseignantes et des enseignants du Québec, Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques et Commissaire aux langues officielles du Canada *Intervenants*

- et -

Ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport et procureur général du Québec *Appellants/ Intimés à l'appel incident*

c.

Talwinder Bindra *Intimé/Appelant à l'appel incident*

et

Attorney General of Canada, Administrative Tribunal of Québec, Quebec English School Boards Association, Commissioner of Official Languages for Canada and Quebec Association of Independent Schools *Intervenors*

INDEXED AS: QUÉBEC (ÉDUCATION, RECREATION AND SPORTS) v. NGUYEN

Neutral citation: 2009 SCC 47.

File Nos.: 32229, 32319.

2008: December 15; 2009: October 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUÉBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Minority language educational rights — Periods of attendance at unsubsidized English-language private schools and instruction in English received pursuant to special authorization disregarded when determining whether child eligible to receive instruction in publicly funded English-language school system — Whether paras. 2 and 3 of s. 73 of Charter of the French language limit rights guaranteed by s. 23 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether those limits justified under s. 1 of Canadian Charter.

Schools — Language of instruction — Instruction in English in Quebec — Periods of attendance at unsubsidized English-language private schools and instruction in English received pursuant to special authorization disregarded when determining whether child eligible to receive instruction in publicly funded English-language school system — Whether paras. 2 and 3 of s. 73 of Charter of the French language limit rights guaranteed by s. 23 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether those limits justified under s. 1 of Canadian Charter.

Under s. 23(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, citizens of Canada of whom any child is receiving or has received instruction in the language of the linguistic minority may have all their children

Procureur général du Canada, Tribunal administratif du Québec, Association des commissions scolaires anglophones du Québec, Commissaire aux langues officielles du Canada et Association des écoles privées du Québec *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (ÉDUCATION, LOISIR ET SPORT) c. NGUYEN

Référence neutre : 2009 CSC 47.

N^{os} du greffe : 32229, 32319.

2008 : 15 décembre; 2009 : 22 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'instruction dans la langue de la minorité — Périodes de fréquentation scolaire passées dans des écoles privées anglophones non subventionnées et enseignement en anglais reçu en vertu d'autorisations particulières non pris en compte pour établir l'admissibilité d'un enfant à l'enseignement dans le réseau scolaire anglophone financé par les fonds publics — Les alinéas 2 et 3 de l'art. 73 de la Charte de la langue française limitent-ils les droits garantis par l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, ces limites sont-elles justifiées en vertu de l'article premier de la Charte canadienne?

Droit scolaire — Langue d'enseignement — Enseignement en anglais au Québec — Périodes de fréquentation scolaire passées dans des écoles privées anglophones non subventionnées et enseignement en anglais reçu en vertu d'autorisations particulières non pris en compte pour établir l'admissibilité d'un enfant à l'enseignement dans le réseau scolaire anglophone financé par les fonds publics — Les alinéas 2 et 3 de l'art. 73 de la Charte de la langue française limitent-ils les droits garantis par l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, ces limites sont-elles justifiées en vertu de l'article premier de la Charte canadienne?

Le paragraphe 23(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* permet aux citoyens canadiens dont l'un des enfants reçoit ou a reçu son instruction dans la langue de la minorité linguistique de faire instruire tous

receive primary and secondary school instruction in that same language. The *Charter of the French language* (“*CFL*”) establishes that, in principle, French is the common official language of instruction in elementary and secondary schools in Quebec, but the first paragraph of s. 73 provides that children who have received or are receiving the major part of their elementary or secondary instruction in English in Canada may receive instruction in English in a public or subsidized private school in Quebec. In 2002, paras. 2 and 3 were added to s. 73 *CFL* in response to concerns about the growing phenomenon of “bridging schools” (*écoles passerelles*) by which parents whose children were not entitled to instruction in the minority language in Quebec were enrolling their children in unsubsidized private schools (“UPSs”) for short periods so that they would be eligible to attend publicly funded English schools. Paragraph 2 of s. 73 provides that periods of attendance at UPSs are to be disregarded when determining whether a child is eligible to receive instruction in the publicly funded English-language school system. Paragraph 3 establishes the same rule with respect to instruction received pursuant to a special authorization granted by the province under s. 81, 85 or 85.1 *CFL* in a case involving a serious learning disability, temporary residence in Quebec, or a serious family or humanitarian situation.

In the N case, the parents enrolled their children for short periods in UPSs offering instruction in English and then requested that their children be declared eligible for instruction in English in public or subsidized private schools. The Ministère de l’Éducation du Québec denied all the requests on the basis of para. 2 of s. 73 *CFL*. In the B case, B’s daughter was declared to be eligible for instruction in the minority language public school system pursuant to a special authorization. B then invoked s. 23(2) of the *Canadian Charter* in order to obtain a certificate of eligibility for minority language instruction in a public or subsidized private school for his son S on the basis of the instruction being received by S’s sister, but he was unsuccessful because of para. 3 of s. 73 *CFL*. The Administrative Tribunal of Québec and the Superior Court dismissed proceedings in which the parents asked that the 2002 amendments to the *CFL* be declared unconstitutional. The Court of Appeal reversed the decisions and held that paras. 2 and 3 of s. 73 *CFL* infringed the rights guaranteed by s. 23 of the *Canadian Charter* and that the infringements were not justified under s. 1 of the *Charter*.

Held: The appeals and the cross-appeals should be dismissed. Paragraphs 2 and 3 of s. 73 *CFL* are unconstitutional.

leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction. La *Charte de la langue française* (« *CLF* ») établit qu’en principe, le français est la langue officielle et commune de l’enseignement primaire et secondaire au Québec, mais le premier alinéa de l’art. 73 permet aux enfants qui ont reçu ou reçoivent la majeure partie de leur enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada d’avoir accès à l’enseignement public ou subventionné en anglais au Québec. En 2002, les al. 2 et 3 ont été ajoutés à l’art. 73 *CLF* afin de répondre à des inquiétudes face à la montée du phénomène dit des « écoles passerelles », où des parents dont les enfants n’avaient pas droit à l’enseignement dans la langue de la minorité au Québec inscrivaient ceux-ci dans une école privée non subventionnée (« EPNS ») pendant une courte période de temps, afin de les rendre admissibles aux écoles anglaises financées sur les fonds publics. L’alinéa 2 de l’art. 73 prévoit que les périodes de fréquentation scolaire passées dans des EPNS ne sont pas prises en compte pour établir l’admissibilité d’un enfant à l’enseignement dans le réseau scolaire anglophone financé par les fonds publics. L’alinéa 3 établit la même règle pour l’enseignement reçu en vertu d’une autorisation particulière accordée par la province en vertu des art. 81, 85 ou 85.1 *CLF*, dans les cas de difficultés graves d’apprentissage, de séjours temporaires au Québec ou de situations graves d’ordre familial ou humanitaire.

Dans l’affaire N, des parents ont inscrit pour une courte période leurs enfants dans des EPNS qui offrent l’enseignement en anglais, puis demandé que leurs enfants soient déclarés admissibles à l’enseignement public ou subventionné en anglais. Le ministère de l’Éducation du Québec a rejeté toutes les demandes en invoquant l’al. 2 de l’art. 73 *CLF*. Dans le dossier B, la fille de B a été déclarée admissible à l’enseignement dans le réseau scolaire public de la minorité en vertu d’une autorisation spéciale. B a alors invoqué le par. 23(2) de la *Charte canadienne* pour faire reconnaître l’admissibilité de son fils S à l’enseignement public ou subventionné dans la langue de la minorité sur la base de l’instruction que sa sœur recevait, mais en vain vu l’al. 3 de l’art. 73 *CLF*. Le Tribunal administratif du Québec et la Cour supérieure ont rejeté les recours des parents visant à faire déclarer inconstitutionnelles les modifications apportées à la *CLF* en 2002. La Cour d’appel a infirmé les décisions et jugé que les al. 2 et 3 de l’art. 73 *CLF* portent atteinte aux droits garantis par l’art. 23 de la *Charte canadienne* et que les atteintes ne sont pas justifiées en vertu de l’article premier de la *Charte*.

Arrêt : Les pourvois principaux et les pourvois incidents sont rejetés. Les alinéas 2 et 3 de l’art. 73 *CLF* sont inconstitutionnels.

Paragraphs 2 and 3 of s. 73 *CFL* infringe s. 23(2) of the *Canadian Charter*. Whereas in the protection afforded by the *Canadian Charter*, no distinction is drawn as regards the type of instruction received by the child, as to whether the educational institution is public or private, or regarding the origin of the authorization pursuant to which instruction is provided in a given language, paras. 2 and 3 of s. 73 *CFL* provide that instruction received in a UPS or pursuant to a special authorization under s. 81, 85 or 85.1 *CFL* must be disregarded. Such periods of instruction are, in a manner of speaking, struck from the child's educational pathway as if they had never occurred. Since *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 14, [2005] 1 S.C.R. 201, however, it is settled that the requirement of the "major part" of the instruction, provided for in s. 73 *CFL*, must be interpreted as giving rise to an obligation to conduct a global qualitative assessment of a child's educational pathway. That assessment is based on factors that include time spent in different programs of study, at what stage of the child's education the choice of language of instruction was made, what programs are or were available, and whether learning disabilities or other difficulties exist. The inability to assess a child's educational pathway in its entirety in determining the extent of his or her educational language rights has the effect of truncating the child's reality by creating a fictitious educational pathway that cannot serve as a basis for a proper application of the constitutional guarantees. [28-33]

The objectives of the measures adopted by the Quebec legislature are sufficiently important and legitimate to justify the limit on the guaranteed rights, but the means chosen are not proportional to the objectives. The purpose of the measures is to protect and promote the French language in Quebec. Although there is a rational causal connection between the objectives and the 2002 amendments to the *CFL*, the means chosen by the legislature do not constitute a minimal impairment of the constitutional rights guaranteed by s. 23(2) of the *Canadian Charter*. [37] [40-41]

The prohibition under para. 2 of s. 73 *CFL* against taking a child's pathway in a UPS into account is total and absolute, and it seems excessive in relation to the seriousness of the problem of bridging schools being used to make obtaining access to minority language schools almost automatic. When schools are established primarily to bring about the transfer of ineligible students to the publicly funded English-language system, and the instruction they give in fact serves that end, it cannot be said that the resulting educational pathway

Les alinéas 2 et 3 de l'art. 73 *CLF* contreviennent au par. 23(2) de la *Charte canadienne*. Alors que la protection accordée par la *Charte canadienne* n'établit aucune distinction entre le type d'enseignement reçu par l'enfant, le caractère public ou privé de l'établissement d'enseignement ou encore la source de l'autorisation en vertu de laquelle l'enseignement dans une langue est dispensé, les al. 2 et 3 de l'art. 73 *CLF* interdisent toute reconnaissance des parcours scolaires qui se sont déroulés dans une EPNS ou en application d'une autorisation particulière accordée en vertu des art. 81, 85 ou 85.1 *CLF*. Ces périodes d'études sont, pour ainsi dire, effacées du parcours scolaire de l'enfant, comme si elles n'avaient jamais eu lieu. Or, depuis l'arrêt *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201, il est établi que le critère de la « majeure partie » de l'enseignement, prévu par l'art. 73 *CLF*, doit être interprété comme la source d'une obligation de procéder à une évaluation qualitative globale du parcours scolaire d'un enfant. Cette évaluation repose sur des facteurs qui incluent le temps passé dans divers programmes d'études, l'étape des études à laquelle le choix de la langue d'instruction a été fait, les programmes offerts et l'existence de problèmes d'apprentissage ou d'autres difficultés. L'impossibilité d'évaluer complètement le cheminement scolaire d'un enfant pour déterminer l'étendue de ses droits linguistiques scolaires a pour effet de tronquer la réalité, en créant un parcours scolaire fictif dont l'examen ne permet pas d'appliquer correctement les garanties constitutionnelles. [28-33]

Les objectifs visés par les mesures adoptées par le législateur québécois sont suffisamment importants et légitimes pour justifier l'atteinte aux droits garantis, mais les moyens choisis ne sont pas proportionnels aux objectifs recherchés. Les mesures visent à protéger la langue française au Québec et à favoriser son épanouissement. Bien qu'il existe un lien rationnel de causalité entre les objectifs et les modifications apportées à la *CLF* en 2002, les moyens retenus par le législateur ne représentent pas une atteinte minimale aux droits constitutionnels garantis par le par. 23(2) de la *Charte canadienne*. [37] [40-41]

Le refus de prendre en compte le parcours d'un enfant dans une EPNS, imposé par l'al. 2 de l'art. 73 *CLF*, est total et sans nuance, et paraît excessif par rapport à la gravité du problème de l'accès quasi automatique aux écoles de la minorité linguistique par l'intermédiaire d'écoles passerelles. Toutefois, lorsque des écoles sont établies principalement dans le but d'aménager le transfert d'élèves non admissibles au réseau anglophone financé par les fonds publics et que leur enseignement sert, en effet, à réaliser ce transfert, on

is genuine. However, it is necessary to review the situation of each institution, as well as the nature of its clientele and the conduct of individual clients. A short period of attendance at a minority language school is not indicative of a genuine commitment and cannot on its own be enough for a child's parent to obtain the status of a rights holder under the *Canadian Charter*. This approach makes it possible to avert a return to the principle of freedom of choice of the language of instruction in Quebec, involves a more limited impairment of the guaranteed rights and can more readily be reconciled with the concrete contextual approach recommended in *Solski*. [29] [36] [38] [42]

As for para. 3 of s. 73 *CFL*, it is inconsistent with the principle of preserving family unity provided for in s. 23(2) of the *Canadian Charter*, as it makes it impossible for children of a family to receive instruction in the same school system. The special authorizations mechanism falls within the authority of the Quebec government, which can grant authorizations that exceed what it is constitutionally obligated to grant, but cannot, after doing so, deny any rights flowing from the authorizations in question that are guaranteed by the *Canadian Charter*. [45]

The Court of Appeal's declaration that paras. 2 and 3 of s. 73 *CFL* are invalid is upheld, but its effects are suspended for one year. However, the files of the claimants in the N case are returned to the Ministère de l'Éducation, and if necessary to the Administrative Tribunal of Québec, to be reviewed in light of the criteria established in *Solski* and in this judgment. As for S, his file is returned to the person designated by the Minister of Education to immediately issue a certificate of eligibility for instruction in English. [46-47] [51]

The respondents' request for special fees of \$100,000 under s. 15 of the *Tariff of judicial fees of advocates* is denied. The record contains little explanation as to the amount of the requested fee or as to why it should be granted. [48-49]

Cases Cited

Applied: *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 14, [2005] 1 S.C.R. 201, rev'g [2002] R.J.Q. 1285; **referred to:** *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, 2000 SCC 1, [2000] 1 S.C.R. 3; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993]

ne saurait affirmer que l'on se retrouve devant un parcours scolaire authentique. Encore faut-il examiner la situation de chaque institution, ainsi que la nature et le comportement de sa clientèle. Un court passage dans une école de la minorité ne témoigne pas d'un engagement réel et ne peut suffire, à lui seul, à obtenir le statut d'ayant droit visé à la *Charte canadienne*. Cette approche permet d'éviter un retour au principe du libre choix de la langue de l'enseignement au Québec, est moins attentatoire aux droits garantis et davantage conciliable avec l'approche concrète et contextuelle que recommande l'arrêt *Solski*. [29] [36] [38] [42]

Quant à l'al. 3 de l'art. 73 *CLF*, il ne respecte pas le principe de la préservation de l'unité des groupes familiaux que reconnaît le par. 23(2) de la *Charte canadienne*, puisqu'il empêche totalement le regroupement des enfants d'une famille dans un même système scolaire. Le mécanisme des autorisations spéciales relève du gouvernement du Québec. Celui-ci peut accorder des autorisations qui excèdent le cadre de ses obligations constitutionnelles, mais il ne peut, ce faisant, nier les droits qui découlent de ces autorisations et qui sont garantis par la *Charte canadienne*. [45]

La déclaration d'invalidité des al. 2 et 3 de l'art. 73 *CLF* prononcée par la Cour d'appel est confirmée, mais ses effets sont suspendus pour une période d'un an. Toutefois, les dossiers des demandeurs visés par le pourvoi N sont renvoyés au ministère de l'Éducation et, s'il y a lieu, au Tribunal administratif du Québec, pour qu'ils soient étudiés à la lumière des critères établis dans l'arrêt *Solski* et dans le présent arrêt. Quant à S, son dossier est renvoyé à la personne désignée par le ministre de l'Éducation pour qu'elle lui délivre immédiatement un certificat d'admissibilité à l'enseignement en anglais. [46-47] [51]

La demande des intimés pour des honoraires spéciaux de 100 000 \$ en vertu de l'art. 15 du *Tarif des honoraires judiciaires des avocats* est refusée. Le dossier comporte peu d'explications sur le montant de l'honoraire demandé, non plus que sur les justifications particulières de celui-ci. [48-49]

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201, inf. [2002] R.J.Q. 1285; **arrêts mentionnés :** *Procureur général du Québec c. Québec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et

1 S.C.R. 839; *Gosselin (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 15, [2005] 1 S.C.R. 238; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Banque canadienne impériale de commerce v. Aztec Iron Corp.*, [1978] R.P. 385; *JTI MacDonald Corp. v. Canada (Procureur général)*, 2009 QCCA 110, [2009] R.J.Q. 261.

Statutes and Regulations Cited

An Act to amend the Charter of the French language, S.Q. 2002, c. 28, s. 3.
An Act to promote the French language in Québec, S.Q. 1969, c. 9.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 23.
Charter of the French language, R.S.Q., c. C-11, ss. 72, 73, 81, 85, 85.1.
Constitution Act, 1982, s. 59.
Official Language Act, S.Q. 1974, c. 6.
Tariff of judicial fees of advocates, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 13, s. 15.

Authors Cited

Bastarache, Michel. "Introduction", in Michel Bastarache, ed., *Language Rights in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2004, 1.
 Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.
 Power, Mark, and Pierre Foucher. "Language Rights and Education", in Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005, 1095.
 Québec. Office québécois de la langue française. *Rapport sur l'évolution de la situation linguistique au Québec, 2002-2007*. Montréal: Office québécois de la langue française, 2008.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dalphond, Hilton and Giroux J.J.A.), 2007 QCCA 1111, [2007] R.J.Q. 2097, SOQUIJ AZ-50447557, [2007] J.Q. n° 9410 (QL), 2007 CarswellQue 13774, setting aside a decision of Mass J., [2004] Q.J. No. 9812 (QL), SOQUIJ AZ-50264496, 2004 CarswellQue 7186. Appeal and cross-appeal dismissed.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dalphond, Hilton and Giroux J.J.A.), 2007 QCCA 1112, [2007]

(7), [1993] 1 R.C.S. 839; *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 15, [2005] 1 R.C.S. 238; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Banque canadienne impériale de commerce c. Aztec Iron Corp.*, [1978] R.P. 385; *JTI MacDonald Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 QCCA 110, [2009] R.J.Q. 261.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 23.
Charte de la langue française, L.R.Q., ch. C-11, art. 72, 73, 81, 85, 85.1.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 59.
Loi modifiant la Charte de la langue française, L.Q. 2002, ch. 28, art. 3.
Loi pour promouvoir la langue française au Québec, L.Q. 1969, ch. 9.
Loi sur la langue officielle, L.Q. 1974, ch. 6.
Tarif des honoraires judiciaires des avocats, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 13, art. 15.

Doctrine citée

Bastarache, Michel. « Introduction », dans Michel Bastarache, dir., *Les droits linguistiques au Canada*, 2^e éd. Traduit de l'anglais par Hugues Sirgent. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2004, 1.
 Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
 Power, Mark, et Pierre Foucher. « Language Rights and Education », dans Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 4^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2005, 1095.
 Québec. Office québécois de la langue française. *Rapport sur l'évolution de la situation linguistique au Québec, 2002-2007*. Montréal : Office québécois de la langue française, 2008.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Dalphond, Hilton et Giroux), 2007 QCCA 1111, [2007] R.J.Q. 2097, SOQUIJ AZ-50447557, [2007] J.Q. n° 9410 (QL), 2007 CarswellQue 7680, qui a infirmé une décision du juge Mass, [2004] Q.J. No. 9812 (QL), SOQUIJ AZ-50264496, 2004 CarswellQue 7186. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Dalphond, Hilton et Giroux), 2007 QCCA 1112,

R.J.Q. 2150, SOQUIJ AZ-50447558, [2007] Q.J. No. 9482 (QL), 2007 CarswellQue 13773, setting aside a decision of Monast J., [2005] R.J.Q. 1039, SOQUIJ AZ-50288298, [2004] J.Q. n° 13857 (QL), 2004 CarswellQue 12348. Appeal and cross-appeal dismissed.

Benoît Belleau, Francis Demers, Dominique A. Jobin and Françoise Saint-Martin, for the appellants/respondents on cross-appeals.

Brent D. Tyler and Marie-France Major, for the respondents/appellants on cross-appeals.

Claude Joyal and Bernard Letarte, for the intervener the Attorney General of Canada.

No one appeared for the intervener the Administrative Tribunal of Québec.

Ronald F. Caza and Mark C. Power, for the intervener the Quebec Association of Independent Schools.

Roger J. F. Lepage, for the intervener Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest.

Michael N. Bergman, for the intervener the Quebec English School Boards Association.

Guy Dufort, Thomas Brady and Sacha Liben, for the intervener the Quebec Provincial Association of Teachers.

Claire Vachon, Mark C. Power and Christian F. Paquette, for the intervener Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques.

Pascale Giguère and Kevin Shaar, for the intervener the Commissioner of Official Languages for Canada.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] In these appeals, the Court must consider the constitutionality of recent amendments to the

[2007] R.J.Q. 2150, SOQUIJ AZ-50447558, [2007] J.Q. n° 9482 (QL), 2007 CarswellQue 7679, qui a infirmé une décision de la juge Monast, [2005] R.J.Q. 1039, SOQUIJ AZ-50288298, [2004] J.Q. n° 13857 (QL), 2004 CarswellQue 10173. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Benoît Belleau, Francis Demers, Dominique A. Jobin et Françoise Saint-Martin, pour les appelants/intimés aux pourvois incidents.

Brent D. Tyler et Marie-France Major, pour les intimés/appellants aux pourvois incidents.

Claude Joyal et Bernard Letarte, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Personne n'a comparu pour l'intervenant le Tribunal administratif du Québec.

Ronald F. Caza et Mark C. Power, pour l'intervenante l'Association des écoles privées du Québec.

Roger J. F. Lepage, pour l'intervenante la Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest.

Michael N. Bergman, pour l'intervenante l'Association des commissions scolaires anglophones du Québec.

Guy Dufort, Thomas Brady et Sacha Liben, pour l'intervenante l'Association provinciale des enseignantes et des enseignants du Québec.

Claire Vachon, Mark C. Power et Christian F. Paquette, pour l'intervenante l'Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques.

Pascale Giguère et Kevin Shaar, pour l'intervenant le commissaire aux langues officielles du Canada.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] Les présents pourvois portent devant notre Cour le problème de la validité constitutionnelle

Charter of the French language, R.S.Q., c. C-11 (“*CFL*”), regarding the eligibility of particular categories of students to attend English-language public schools and subsidized private institutions in Quebec. These amendments apply solely to people who have attended unsubsidized private schools and members of families with children who have received instruction in minority language schools pursuant to a special authorization. The impugned provisions, paras. 2 and 3 of s. 73, were added to the *CFL* in 2002 by the *Act to amend the Charter of the French language*, S.Q. 2002, c. 28, s. 3 (“*Bill 104*”).

[2] The first of these amendments provides that periods of attendance at unsubsidized English-language private schools are to be disregarded when determining whether a child is eligible to receive instruction in the publicly funded English-language school system. The second amendment establishes the same rule with respect to instruction received pursuant to a special authorization granted by the province under s. 81, 85 or 85.1 *CFL* in a case involving a serious learning disability, temporary residence in Quebec, or a serious family or humanitarian situation. For the reasons that follow, I conclude that the amendments in issue limit the rights guaranteed by s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, that these limits have not been justified under s. 1 of the *Charter*, and that paras. 2 and 3 of s. 73 *CFL*, which were added by *Bill 104*, are therefore unconstitutional. I would therefore dismiss the appeals. I would also dismiss the respondents’ cross-appeals, which relate to incidental issues.

II. Origins of the Cases

A. *Evolution of the Problem of Eligibility to Attend English-Language Public and Private Schools*

[3] These two appeals concern the relationship between the *CFL* and the *Canadian Charter*. The relevant provisions of the two statutes are reproduced in the Appendix. It is important to briefly

de modifications récentes à la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11 (« *CLF* »), à propos de l’admissibilité de catégories particulières d’élèves dans les écoles publiques et dans les institutions privées subventionnées anglophones au Québec. Ces modifications visaient uniquement les personnes qui ont fréquenté des écoles privées non subventionnées et les membres de familles où un enfant a reçu de l’enseignement dans les écoles de la minorité linguistique en vertu d’une autorisation spéciale. Les dispositions en litige, les al. 2 et 3 de l’art. 73, ont été ajoutées à la *CLF* en 2002 par la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 2002, ch. 28, art. 3 (« *Loi 104* »).

[2] La première de ces modifications édicte que les périodes de fréquentation scolaire passées dans des écoles privées anglophones non subventionnées ne sont pas prises en compte pour établir l’admissibilité d’un enfant à l’enseignement dans le réseau scolaire anglophone financé par les fonds publics. La seconde modification établit la même règle pour l’enseignement reçu en vertu d’une autorisation particulière accordée par la province en vertu des art. 81, 85 ou 85.1 *CLF*, dans les cas de difficultés graves d’apprentissage, de séjours temporaires au Québec ou de situations graves d’ordre familial ou humanitaire. Pour les motifs qui suivent, je conclus que les modifications en litige limitent les droits garantis par l’art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, que ces limites n’ont pas été justifiées en vertu de l’article premier de la *Charte* et que les al. 2 et 3 ajoutés à l’art. 73 *CLF* par la *Loi 104* sont en conséquence inconstitutionnels. Je rejeterais donc les pourvois principaux. Je rejeterais également les appels incidents des intimés, qui portent sur des questions accessoires.

II. Origine des litiges

A. *Évolution du problème de l’admissibilité dans les écoles publiques et privées anglophones*

[3] Les deux appels portent sur les rapports entre la *CLF* et la *Charte canadienne*. Les dispositions pertinentes des deux lois sont reproduites en annexe. Il importe de revenir brièvement sur l’origine et le

review the origins and role of the *CFL*, and in particular to consider questions relating to the choice of the language of instruction in Quebec. The *CFL* is legislation of major importance in Quebec. Under it, French has the status of the official language of Quebec, and it contains a body of rules that apply to the use of French and of English in areas under the legislative authority of Quebec's National Assembly. The *CFL* therefore provides the general framework for access to public education in English in Quebec. In principle, French is recognized, in s. 72 *CFL*, as the common official language of instruction in elementary and secondary schools in Quebec. In the *CFL*, the provisions authorizing instruction in English are treated as an exception to this general principle. Section 73, in particular, provides that a child whose father or mother is a Canadian citizen and received the major part of his or her elementary instruction in English in Canada may receive instruction in English in a public or subsidized private school in Quebec (para. 1(1)). This same possibility is recognized when it is the children themselves who have received or are receiving the major part of their elementary or secondary instruction in English in Canada (para. 1(2)). Section 73 also refers to a few other — rarer — situations in which children are allowed to receive instruction in English.

73. The following children, at the request of one of their parents, may receive instruction in English:

(1) a child whose father or mother is a Canadian citizen and received elementary instruction in English in Canada, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary instruction he or she received in Canada;

(2) a child whose father or mother is a Canadian citizen and who has received or is receiving elementary or secondary instruction in English in Canada, and the brothers and sisters of that child, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary or secondary instruction received by the child in Canada;

(3) a child whose father and mother are not Canadian citizens, but whose father or mother received elementary instruction in English in Québec, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary instruction he or she received in Québec;

rôle de la *CLF*, particulièrement à propos des questions relatives au choix de la langue d'enseignement au Québec. La *CLF* constitue une loi d'une importance majeure au Québec. Elle a reconnu le statut du français comme langue officielle du Québec, en plus d'établir un ensemble de règles relatives à son usage et à celui de l'anglais dans les domaines relevant de la compétence législative de l'Assemblée nationale du Québec. La *CLF* détermine ainsi le cadre général de l'accès à l'enseignement public en langue anglaise au Québec. En principe, selon l'art. 72 *CLF*, le français est reconnu comme langue officielle et commune de l'enseignement primaire et secondaire au Québec. La *CLF* traite les dispositions permettant l'enseignement en langue anglaise comme une exception à ce principe général. L'article 73, en particulier, précise que les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et a reçu la majeure partie d'un enseignement primaire en anglais au Canada peuvent avoir accès à l'enseignement public ou subventionné en anglais au Québec (al. 1(1)). Cette même possibilité est reconnue lorsque ce sont les enfants eux-mêmes qui ont reçu ou qui reçoivent la majeure partie de leur enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada (al. 1(2)). L'article 73 fait également mention de quelques autres situations, plus rares, donnant accès à l'enseignement en langue anglaise :

73. Peuvent recevoir l'enseignement en anglais, à la demande de l'un de leurs parents :

1° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et a reçu un enseignement primaire en anglais au Canada, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Canada;

2° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et qui ont reçu ou reçoivent un enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada, de même que leurs frères et sœurs, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire ou secondaire reçu au Canada;

3° les enfants dont le père et la mère ne sont pas citoyens canadiens mais dont l'un d'eux a reçu un enseignement primaire en anglais au Québec, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Québec;

(4) a child who, in his last year in school in Québec before 26 August 1977, was receiving instruction in English in a public kindergarten class or in an elementary or secondary school, and the brothers and sisters of that child;

(5) a child whose father or mother was residing in Québec on 26 August 1977 and had received elementary instruction in English outside Québec, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary instruction he or she received outside Québec.

However, instruction in English received in Québec in a private educational institution not accredited for the purposes of subsidies by the child for whom the request is made, or by a brother or sister of the child, shall be disregarded. The same applies to instruction in English received in Québec in such an institution after 1 October 2002 by the father or mother of the child.

Instruction in English received pursuant to a special authorization under section 81, 85 or 85.1 shall also be disregarded.

[4] The current provisions of the *CFL* on the language of instruction resulted from a long series of political debates and legal challenges. In 1969, the Quebec legislature enacted the *Act to promote the French language in Québec*, S.Q. 1969, c. 9, in which the primacy of French as the language of instruction was affirmed, although parents were left free to choose the language of instruction of their children. In 1974, Quebec revised its freedom of choice policy and limited access to instruction in English to children capable of demonstrating sufficient knowledge of the English language in tests administered by the province (*Official Language Act*, S.Q. 1974, c. 6). But difficulties encountered in the administration of those tests prompted the legislature to once again rethink its policy on the language of instruction. It enacted the *CFL* in 1977. At that time, the legislature reaffirmed the general principle that instruction in Quebec was given in French and established four situations in which, as exceptions to the general rule, parents could send their children to English schools (s. 73). Following the enactment of the *Canadian Charter* in 1982, the provisions of the *CFL* on instruction in the minority language were the subject of a major constitutional challenge (*Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66). This Court held at that time

4° les enfants qui, lors de leur dernière année de scolarité au Québec avant le 26 août 1977, recevaient l'enseignement en anglais dans une classe maternelle publique ou à l'école primaire ou secondaire, de même que leurs frères et sœurs;

5° les enfants dont le père ou la mère résidait au Québec le 26 août 1977, et avait reçu un enseignement primaire en anglais hors du Québec, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu hors du Québec.

Il n'est toutefois pas tenu compte de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un établissement d'enseignement privé non agréé aux fins de subventions par l'enfant pour qui la demande est faite ou par l'un de ses frères et sœurs. Il en est de même de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un tel établissement, après le 1^{er} octobre 2002, par le père ou la mère de l'enfant.

Il n'est pas tenu compte non plus de l'enseignement en anglais reçu en application d'une autorisation particulière accordée en vertu des articles 81, 85 ou 85.1.

[4] Les dispositions actuelles de la *CLF* sur la langue d'enseignement résultent d'une longue série de débats politiques et de contestations judiciaires. En 1969, la législature québécoise adopte la *Loi pour promouvoir la langue française au Québec*, L.Q. 1969, ch. 9, dans le but d'affirmer la primauté du français comme langue d'enseignement, tout en laissant aux parents le libre choix de la langue d'enseignement de leurs enfants. En 1974, le Québec révisé sa politique du libre choix et restreint l'accès à l'enseignement en anglais aux enfants capables de démontrer une connaissance suffisante de cette langue, grâce à des tests linguistiques administrés par la province (*Loi sur la langue officielle*, L.Q. 1974, ch. 6). Les difficultés liées à l'administration de ces examens poussent toutefois le législateur à repenser encore une fois sa politique en matière de langue d'enseignement et il adopte, en 1977, la *CLF*. La législature réaffirme à cette occasion le principe général selon lequel l'enseignement au Québec se donne en français, en plus de créer quatre situations qui, par dérogation à la règle générale, permettent aux parents d'envoyer leurs enfants à l'école anglaise (art. 73). À la suite de l'adoption de la *Charte canadienne* en 1982, les dispositions de la *CLF* portant sur l'enseignement dans la langue de la minorité font cependant l'objet d'une importante contestation constitutionnelle (*Procureur*

that the *Charter of the French language* violated s. 23 of the *Canadian Charter* because it defined the classes of persons entitled to instruction in the minority language too narrowly. In particular, under the version of s. 73 then in force, instruction received in English in Quebec was recognized, but instruction received elsewhere in Canada was not. The categories established in s. 73 *CFL* were therefore too restrictive in relation to those provided for in and protected by s. 23 of the *Canadian Charter*, and the Court declared the provisions in issue to be unconstitutional.

[5] In 1993, the Quebec legislature amended ss. 72 and 73 *CFL* to comply with this Court's decision. As a result of those amendments, in accordance with s. 23 of the *Canadian Charter*, credit would now be given for instruction received in English elsewhere in Canada. However, one condition was imposed in this respect: instruction received in the minority language had to constitute the major part of the instruction received in Canada. A series of special cases were provided for to permit provincial authorities to grant special authorizations in specific situations (ss. 81, 85 and 85.1 *CFL*).

[6] At that time, no concern was shown in the *CFL* for unsubsidized private schools ("UPSs"). However, such schools have played an increasingly significant role in Quebec's education system. They are not subject to the province's rules respecting the language of instruction (s. 72, para. 2 *CFL*). Any child can therefore enrol in one and receive elementary and secondary instruction in English there. Before Bill 104's amendments to the *CFL* in 2002, the administrative practice of the Ministère de l'Éducation du Québec was to consider periods of instruction received in a UPS in determining whether a child was eligible for English-language instruction in public schools and subsidized private schools.

[7] The 2002 amendments to the *CFL* were a response to the concerns of the Quebec government

général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards, [1984] 2 R.C.S. 66). Notre Cour décide alors que la *Charte de la langue française* viole l'art. 23 de la *Charte canadienne*, parce qu'elle définit trop étroitement les catégories de titulaires du droit à l'enseignement dans la langue de la minorité. En particulier, l'art. 73 de l'époque reconnaît l'enseignement reçu en anglais au Québec, mais non celui reçu ailleurs au Canada. Les catégories créées par l'art. 73 *CLF* se trouvent donc trop limitatives par rapport à celles prévues et protégées par l'art. 23 de la *Charte canadienne*, et notre Cour déclare les dispositions en cause inconstitutionnelles.

[5] En 1993, le législateur québécois modifie les art. 72 et 73 *CLF* pour se conformer à l'arrêt de notre Cour. Ces modifications reconnaissent désormais l'enseignement reçu en anglais ailleurs au Canada, conformément à l'art. 23 de la *Charte canadienne*. Elles introduisent toutefois une condition à cette reconnaissance, soit que l'enseignement reçu dans la langue minoritaire représente la majeure partie de l'enseignement reçu au Canada. Un régime de cas spéciaux permet aux autorités de la province d'accorder des autorisations particulières pour des situations spécifiques (art. 81, 85 et 85.1 *CLF*).

[6] La *CLF* ne s'est pas souciée alors du cas des écoles privées non subventionnées (ci-après « EPNS »). Toutefois, ces dernières ont occupé une place de plus en plus importante dans le milieu éducatif québécois. Ces institutions ne sont pas assujetties à la réglementation de la province sur la langue d'enseignement (art. 72, al. 2 *CLF*). Tout enfant peut donc s'y inscrire et y recevoir de l'enseignement en langue anglaise, au cours de ses études primaires et secondaires. Jusqu'aux modifications apportées à la *CLF* en 2002 par la Loi 104, la pratique administrative du ministère de l'Éducation du Québec reconnaissait les périodes d'instruction reçues dans les EPNS aux fins de détermination de l'admissibilité d'un enfant aux écoles publiques et aux écoles privées subventionnées anglophones.

[7] Les modifications apportées à la *CLF* en 2002 répondaient aux inquiétudes du gouvernement du

and of a portion of Quebec public opinion regarding the growing phenomenon of [TRANSLATION] “bridging schools” (*écoles passerelles*). According to the government, more and more parents whose children were not entitled to instruction in the minority language were enrolling their children in UPSs for short periods so that they would be eligible — on a literal reading of s. 73 *CFL* and in light of the administrative practice of the Ministère de l’Éducation — to attend publicly funded English schools. In the government’s view, parents who did so were circumventing all the rules relating to the language of instruction, and the result was to enlarge the categories of rights holders under s. 23 of the *Canadian Charter*. Thus, it was in response to concerns about the extent of this practice that the National Assembly enacted Bill 104 in 2002.

[8] The respondents submit that these amendments violate the rights guaranteed by s. 23 of the *Canadian Charter*, and they accordingly ask this Court to declare that paras. 2 and 3 of s. 73 *CFL* are unconstitutional. The *Nguyen* case relates specifically to the UPS issue, while the *Bindra* case relates to the granting of special authorizations by the province.

B. The Situations of the Respondents in the Nguyen and Bindra Cases

[9] The respondents in the *Nguyen* case are Canadian citizens who received no primary school instruction in English in Canada. As a result, they do not meet the criteria of s. 23(1)(b) of the *Canadian Charter* and their children are not eligible for instruction in publicly funded English-language schools in Quebec on that basis. To qualify their children for such instruction, they enrolled them in UPSs offering instruction in English. On the basis of the instruction received in those institutions, they then requested that their children be declared eligible for instruction in English in public or subsidized private schools. According to the appellant, the periods of attendance at the UPSs lasted no more than a few weeks or months in most cases, and were usually at the elementary level (A.F., at p. 2). The same is not true of the children

Québec et à celles d’une partie de l’opinion publique québécoise face à la montée du phénomène dit des « écoles passerelles ». Selon le gouvernement du Québec, de plus en plus de parents dont les enfants n’avaient pas droit à l’enseignement dans la langue de la minorité inscrivait ceux-ci dans une EPNS pendant une courte période de temps, afin de les rendre admissibles — selon la lettre de l’art. 73 *CLF* et la pratique administrative du ministère de l’Éducation — aux écoles anglaises financées sur les fonds publics. D’après le gouvernement du Québec, cette méthode contournait toutes les règles relatives à la langue d’enseignement et conduisait à un élargissement des catégories de titulaires de droit prévues par l’art. 23 de la *Charte canadienne*. C’est donc en réaction à l’importance appréhendée du phénomène que l’Assemblée nationale du Québec adopte la Loi 104 en 2002.

[8] Les intimés plaident que ces modifications contreviennent aux droits garantis par l’art. 23 de la *Charte canadienne*, et ils demandent en conséquence à notre Cour de déclarer inconstitutionnels les al. 2 et 3 de l’art. 73 *CLF*. L’affaire *Nguyen* porte particulièrement sur la question des EPNS, alors que l’affaire *Bindra* traite du problème des autorisations spéciales accordées par la province.

B. La situation des intimés dans les affaires Nguyen et Bindra

[9] Dans l’affaire *Nguyen*, les intimés sont des citoyens canadiens qui n’ont reçu aucun enseignement primaire en langue anglaise au Canada. En conséquence, ils ne satisfont pas aux critères prévus par l’al. 23(1)(b) de la *Charte canadienne* pour que leurs enfants puissent être admis dans les écoles anglophones du Québec financées par les fonds publics. Pour parvenir à cette fin, ils ont inscrit leurs enfants dans des EPNS qui offrent l’enseignement en anglais. Sur la base de l’enseignement reçu dans ces institutions, ils ont ensuite demandé que leurs enfants soient déclarés admissibles à l’enseignement public ou subventionné en anglais. Selon l’appelant, dans la plupart des cas, les périodes de fréquentation des EPNS ne dépassaient pas quelques semaines ou quelques mois, et ce, le plus souvent au niveau primaire (m.a., p. 2). Cela n’était

of the respondent Bindra, however, as they went to school in English for several years. The Ministère de l'Éducation du Québec denied all these requests for certificates of eligibility on the basis of the Bill 104 amendments.

[10] The situation is different in the *Bindra* case. It involves one of the children of the respondent, Talwinder Bindra, who is also participating in the proceedings in the *Nguyen* case. After immigrating to Canada, Mr. Bindra became a Canadian citizen in 1990. He is the father of two children, Jessica and Satbir, who were born in Montréal and have always lived in that city. He had enrolled his children in a UPS. After extensive discussions about Jessica's eligibility for the minority language public school system, the Minister of Education granted her a special authorization under s. 85.1 *CFL*. The respondent then tried, relying on s. 23(2) of the *Canadian Charter*, to obtain a certificate of eligibility for minority language instruction in a public or subsidized private school for Satbir on the basis of the instruction being received by his sister. His request was denied pursuant to the Bill 104 amendments.

[11] In both cases, the respondents appealed to the Administrative Tribunal of Québec ("ATQ"), arguing that paras. 2 and 3 of s. 73 *CFL* were unconstitutional. That set in motion the proceedings now before this Court.

[12] The ATQ heard the two appeals before this Court rendered its decision in *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 14, [2005] 1 S.C.R. 201. In that case, the Court had to determine the meaning of the words "major part" in s. 73 *CFL* in order to identify the educational pathway (*parcours scolaire*) needed for a child to be eligible for instruction in the English-language public school system. It held that, in order to be consistent with the objectives of s. 23 of the *Canadian Charter*, the "major part" requirement had to entail a qualitative, rather than a strictly quantitative, assessment of the child's educational pathway. I will return to

toutefois pas le cas des enfants de l'intimé Bindra, qui avaient étudié en anglais pendant plusieurs années. Le ministère de l'Éducation du Québec a rejeté toutes ces demandes de reconnaissance d'admissibilité en raison de la mise en application des modifications apportées par la Loi 104.

[10] Dans le pourvoi *Bindra*, la situation est différente. Cette affaire porte sur le cas de l'un des enfants de l'intimé, M. Talwinder Bindra, qui participe toutefois aussi aux procédures dans l'affaire *Nguyen*. Après avoir immigré au Canada, M. Bindra est devenu citoyen canadien en 1990. Il est le père de deux enfants, Jessica et Satbir, qui sont nés à Montréal et ont toujours vécu dans cette ville. Il avait inscrit ses enfants dans une EPNS. Au terme de longs débats sur l'admissibilité de Jessica dans le réseau scolaire public de la minorité, le ministre de l'Éducation a accordé à celle-ci une autorisation spéciale en vertu de l'art. 85.1 *CLF*. L'intimé a alors tenté, en invoquant les dispositions du par. 23(2) de la *Charte canadienne*, de faire reconnaître l'admissibilité de Satbir à l'enseignement public ou subventionné dans la langue de la minorité sur la base de l'instruction que sa sœur recevait. Cette demande de M. Bindra a été rejetée en raison de l'application des modifications prévues par la Loi 104.

[11] Dans les deux affaires, les intimés ont formé des appels devant le Tribunal administratif du Québec (« TAQ »). Les intimés ont alors soulevé l'inconstitutionnalité des al. 2 et 3 de l'art. 73 *CLF*. Ils ont ainsi engagé le litige qui se trouve maintenant porté devant notre Cour.

[12] Les deux appels ont été entendus par le TAQ avant que notre Cour ne rende l'arrêt *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201. Dans cette affaire, la Cour était appelée à déterminer le sens de l'expression « majeure partie » utilisé à l'art. 73 *CLF* pour identifier les parcours scolaires pertinents pour l'admissibilité des enfants dans le réseau scolaire public anglophone. Elle a jugé que, pour respecter les objectifs de l'art. 23 de la *Charte canadienne*, le critère de la « majeure partie » devait comporter une évaluation qualitative, plutôt que strictement quantitative, du cheminement scolaire de l'enfant.

Solski below because of its importance to the outcome of the appeals.

III. Judicial History

A. *Nguyen*

- (1) Administrative Tribunal of Québec, [2003] T.A.Q. 975

[13] The proceeding the Nguyens brought before the ATQ was heard jointly with 131 others; the applicants sought a declaration that the Bill 104 amendment to the *CFL* with respect to instruction received in English in a UPS was invalid, and a certificate of eligibility to attend an English-language public school for each applicant's child or children. First of all, the tribunal did not accept the literal interpretation of s. 23 of the *Canadian Charter* advanced by the applicants. It considered that interpretation to be inconsistent with the principles established by this Court. Also, in its view, the intention of the framers did not support a literal interpretation. The ATQ held that s. 73 *CFL* met the requirements of s. 23 of the *Canadian Charter*. According to the tribunal, it was instead the applicants' proposed interpretation that was inconsistent with s. 23, as their interpretation would have the following results: parents would once again have freedom of choice as regards the language of instruction, s. 23(1)(a) of the *Canadian Charter* would come into force without the consent of the Quebec legislature, and it would become possible to purchase status as a rights holder. The tribunal therefore dismissed the proceeding and the conclusions in which the applicants asked that the impugned statutory provision be declared invalid.

- (2) Quebec Superior Court, [2004] Q.J. No. 9812 (QL)

[14] The case was then brought before the Quebec Superior Court in the form of an application for judicial review of the ATQ's decision. The Superior Court dismissed the application before this Court rendered its decision in *Solski*. Mass J. began by noting that the principles set out by the Quebec Court of Appeal in its decision in *Solski*

Je reviendrai plus loin sur cet arrêt, en raison de son importance pour le sort des pourvois.

III. Historique judiciaire

A. *Nguyen*

- (1) Tribunal administratif du Québec, [2003] T.A.Q. 975

[13] Le recours formé par les Nguyen devant le TAQ et entendu conjointement avec 131 autres demandes visait à faire déclarer invalide la modification apportée à la *CLF* par la Loi 104 concernant l'enseignement reçu en anglais dans une EPNS et à obtenir un certificat d'admissibilité à l'école anglaise publique pour l'enfant ou les enfants de chaque partie requérante. Le tribunal rejette d'abord l'interprétation littérale de l'art. 23 de la *Charte canadienne* proposée par les demandeurs. Il estime cette interprétation non conforme aux principes établis par la jurisprudence de notre Cour. Le tribunal juge aussi que la recherche de la volonté du constituant ne permet pas non plus d'appuyer cette interprétation littérale. Le TAQ conclut que l'art. 73 *CLF* respecte les exigences de l'art. 23 de la *Charte canadienne*. Selon le tribunal, ce serait plutôt l'interprétation proposée par les requérants qui ne serait pas conforme à l'art. 23, puisqu'elle conduirait à un retour au libre choix des parents en matière de langue d'enseignement, à la mise en vigueur de l'al. 23(1)a) de la *Charte canadienne* sans l'assentiment de la législature québécoise et à la mercantilisation du statut d'ayant droit. Le tribunal rejette conséquemment le recours, de même que les conclusions demandant que la disposition législative attaquée soit déclarée invalide.

- (2) Cour supérieure du Québec, [2004] Q.J. No. 9812 (QL)

[14] Le débat se transporte ensuite devant la Cour supérieure du Québec à la suite du dépôt d'une requête en révision judiciaire de la décision du TAQ. Cette demande est rejetée par la Cour supérieure, avant que ne soit prononcé l'arrêt *Solski* de notre Cour. Le juge Mass note d'abord que les principes dégagés par la Cour d'appel du Québec dans son

([2002] R.J.Q. 1285) continued to be authoritative as long as the Supreme Court of Canada had not decided the case. He added that the arguments raised before him were the same ones the ATQ had already considered and rejected. In his view, the ATQ's decision was consistent with the applicable law and contained no reversible errors. The respondents then appealed to the Quebec Court of Appeal, which heard their appeal together with the appeal in the *Bindra* case.

(3) Quebec Court of Appeal, 2007 QCCA 1111, [2007] R.J.Q. 2097

[15] The majority of the Court of Appeal allowed the appeal in the *Nguyen* case. The judges of the majority, Hilton and Dalphond J.J.A., wrote separate reasons. Hilton J.A., relying on the decision this Court had just rendered in *Solski*, found s. 72 *CFL* to be constitutional but held that s. 73 *CFL* infringed the rights guaranteed by s. 23 of the *Canadian Charter* in that it did not allow for a global qualitative assessment of the educational pathways of the children in question. He then stated that this infringement could not be justified under s. 1 of the *Canadian Charter* because of the significance of the limit on the guaranteed right and the failure to meet the minimal impairment criterion. Hilton J.A. therefore returned all the files to the designated person under the *CFL* to be assessed in light of the qualitative factors established by this Court in *Solski*. Dalphond J.A. agreed that the absolute prohibition on considering instruction received in English in Quebec in a UPS was invalid because its effect, in violation of the rights guaranteed by s. 23 of the *Canadian Charter*, was to deny children their constitutional right to continue on their educational pathways in English in a public school or a subsidized private school (para. 169). He explained that the protection afforded by s. 23(2) relates to the child's objective educational reality and not necessarily the parents' membership in a protected linguistic minority community (para. 205). According to Dalphond J.A., the impugned measure could not be justified under s. 1 of the *Canadian Charter*, because the absolute prohibition on considering instruction received in a

arrêt *Solski* ([2002] R.J.Q. 1285) font toujours autorité en la matière, en l'absence d'une décision sur le fond par la Cour suprême du Canada. Il ajoute que les arguments soulevés devant lui sont identiques à ceux que le TAQ a déjà examinés et écartés. Le juge estime que la décision du TAQ est conforme à l'état du droit et ne contient aucune erreur susceptible de révision. Les intimés se pourvoient alors devant la Cour d'appel du Québec. Celle-ci entend leur appel en même temps que celui dans l'affaire *Bindra*.

(3) Cour d'appel du Québec, 2007 QCCA 1111, [2007] R.J.Q. 2097

[15] À la majorité, la Cour d'appel accueille le pourvoi dans l'affaire *Nguyen*. Les juges majoritaires Hilton et Dalphond rédigent des motifs distincts. S'appuyant sur l'arrêt *Solski* rendu peu avant par notre Cour, le juge Hilton reconnaît la constitutionnalité de l'art. 72 *CLF*, mais décide que l'art. 73 *CLF* porte atteinte aux droits garantis par l'art. 23 de la *Charte canadienne*, dans la mesure où il ne permet pas l'évaluation qualitative globale du parcours scolaire des enfants en cause. Ensuite, le juge Hilton affirme que cette atteinte ne peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*, vu l'importance de la limitation du droit garanti et la violation du critère de l'atteinte minimale au droit. Le juge Hilton renvoie donc tous les dossiers à la personne désignée en vertu de la *CLF*, pour qu'ils soient évalués en fonction des critères qualitatifs établis par notre Cour dans l'arrêt *Solski*. Le juge Dalphond se déclare également d'avis que l'interdiction absolue de prendre en considération l'enseignement reçu en anglais au Québec dans une EPNS est invalide, puisqu'elle nie le droit constitutionnel des enfants de poursuivre leur parcours scolaire en anglais dans une école publique ou une école privée subventionnée, contrairement aux droits garantis par l'art. 23 de la *Charte canadienne* (par. 169). Il précise que la protection accordée par le par. 23(2) vise la réalité scolaire objective de l'enfant et non pas nécessairement l'appartenance de ses parents à une minorité linguistique protégée (par. 205). D'après le juge Dalphond, la mesure attaquée ne peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*,

UPS was neither reasonable nor proportional to the objective being pursued (para. 232). Giroux J.A., in dissent, would have dismissed the appeal. He stated that the application of s. 23 must take into account the real disparities that exist between the situations of Quebec's linguistic minority community and the linguistic minority communities elsewhere in Canada (para. 250). He added that s. 23 affords its protection only to the English- and French-speaking groups (para. 270). Giroux J.A. accordingly considered the impugned paragraph of s. 73 *CFL* to be consistent with s. 23 of the *Canadian Charter*.

B. *Bindra*

- (1) Administrative Tribunal of Québec, [2004] T.A.Q. 198

[16] The tribunal's decision in the *Bindra* case concerned five different files. Two of these administrative appeals were dismissed for procedural or factual reasons (*Bindra* and *Pitre*). Regarding the case of Talwinder Bindra, the tribunal held that it was fully resolved by the decision in the *Nguyen* case. A more substantial analysis on the issue of the constitutionality of the final paragraph of s. 73 *CFL* was conducted in respect of the other three files. The tribunal asserted that it was necessary, in interpreting s. 23 of the *Canadian Charter*, to identify the true purpose of the constitutional protection and not to conduct a literal analysis without considering the relevant statutory provisions as a whole. It then noted that the applicants had no ties to Quebec's English-speaking minority and could not therefore claim to have the status of rights holders under s. 23(2) of the *Canadian Charter*. People to whom the province has granted additional rights cannot, on that basis alone, become rights holders from a constitutional standpoint. The interpretation of s. 23(2) of the *Canadian Charter* proposed by the applicants would lead to the freedom to choose the language of instruction. The tribunal accordingly held that the final paragraph of s. 73 *CFL* was consistent with s. 23 of the *Canadian Charter*, and dismissed the applications. The case was then brought

car l'interdiction absolue de considérer l'enseignement reçu dans une EPNS n'est ni raisonnable, ni proportionnelle à l'objet recherché (par. 232). Le juge Giroux, dissident, aurait pour sa part rejeté le pourvoi, estimant que l'application de l'art. 23 doit tenir compte des disparités réelles qui existent entre la situation de la communauté linguistique minoritaire du Québec et les communautés linguistiques minoritaires ailleurs au Canada (par. 250). Il ajoute que la protection accordée par l'art. 23 est réservée aux deux seuls groupes linguistiques francophone et anglophone (par. 270). Le juge Giroux considère en conséquence que l'alinéa contesté de l'art. 73 *CLF* est compatible avec l'art. 23 de la *Charte canadienne*.

B. *Bindra*

- (1) Tribunal administratif du Québec, [2004] T.A.Q. 198

[16] Le tribunal a rendu jugement dans cinq dossiers différents à l'occasion de l'affaire *Bindra*. Deux de ces appels administratifs sont rejetés sur la base de motifs procéduraux ou factuels (*Bindra* et *Pitre*). Dans le dossier de Talwinder Bindra, le tribunal juge que la décision dans l'affaire *Nguyen* disposait entièrement du litige. Les trois autres dossiers font l'objet d'une analyse plus substantielle, sur la question de la constitutionnalité du dernier alinéa de l'art. 73 *CLF*. À ce propos, le tribunal affirme qu'il doit, pour l'interprétation de l'art. 23 de la *Charte canadienne*, rechercher l'objet véritable de la protection constitutionnelle, et non procéder à une analyse littérale du texte, sans lien avec l'ensemble des textes législatifs pertinents. Le tribunal note ensuite que les requérants n'ont pas de lien avec la minorité anglophone du Québec et ne peuvent conséquemment prétendre au statut d'ayant droit selon le par. 23(2) de la *Charte canadienne*. Les personnes à qui des droits supplémentaires sont accordés par la province ne peuvent, de ce seul fait, devenir des ayants droit au sens constitutionnel. L'interprétation du par. 23(2) de la *Charte canadienne* proposée par les requérants conduit au libre choix de la langue d'enseignement. En conséquence, le tribunal juge que le dernier alinéa de l'art. 73 *CLF* est compatible avec l'art. 23 de la *Charte canadienne*, et rejette

before the Quebec Superior Court by means of an application for judicial review.

(2) Quebec Superior Court, [2005] R.J.Q. 1039

[17] Monast J. dismissed the applications for judicial review of Mr. Pitre and Mr. Bindra and held that the reasons given by the ATQ for dismissing the administrative appeals were sound. Even though her conclusion on this point was sufficient to dispose of the applications, Monast J. also considered whether the final paragraph of s. 73 *CFL* was constitutional. She accepted the argument of the Minister of Education and the Attorney General of Quebec that if a provincial legislature grants language rights to a minority that are greater than those guaranteed by the *Canadian Charter*, constitutional protection is not extended to the rights in question. The enactment of ss. 81, 85 and 85.1 *CFL* meant that some people might be exempted from the application of s. 72 *CFL* and hence given access to publicly funded instruction in English. However, that did not turn them into rights holders under s. 23 of the *Canadian Charter*. Monast J. accordingly found that there was no inconsistency between the final paragraph of s. 73 *CFL* and the purpose of s. 23 of the *Canadian Charter*.

(3) Quebec Court of Appeal, 2007 QCCA 1112, [2007] Q.J. No. 9482 (QL)

[18] Dalphond J.A., who wrote reasons in which Hilton J.A. concurred, stated that the ATQ had erred in holding that the decision in the *Nguyen* case had fully resolved the case of Talwinder Bindra. In his opinion, the appellant was entitled to a complete decision on whether his son was eligible for instruction in English in a public school, either because he had attended a UPS or because his sister has been admitted to an English-language educational institution pursuant to a special authorization. Dalphond J.A. noted, on the merits of the case, that s. 23(2) of the *Canadian Charter* must be interpreted broadly and in conformity with the

les recours entrepris. L'affaire est ensuite portée devant la Cour supérieure du Québec, par la voie d'une demande de révision judiciaire.

(2) Cour supérieure du Québec, [2005] R.J.Q. 1039

[17] La juge Monast rejette les demandes de révision judiciaire qui lui sont présentées dans les affaires *Pitre et Bindra* et reconnaît la validité des motifs invoqués par le TAQ pour rejeter les appels administratifs. Même si sa conclusion sur ce point suffit pour trancher les demandes, la juge Monast analyse aussi la validité constitutionnelle du dernier alinéa de l'art. 73 *CLF*. Elle accepte l'argument du ministre de l'Éducation et du procureur général du Québec selon lequel les législatures provinciales peuvent accorder aux minorités des droits supérieurs aux garanties linguistiques prescrites par la *Charte canadienne* sans que l'adoption de ces mesures ne donne ouverture à une protection constitutionnelle. L'adoption des art. 81, 85 et 85.1 *CLF* permet d'exempter certaines personnes de l'application de l'art. 72 *CLF* et ainsi de leur donner accès à l'enseignement en langue anglaise financé à même les fonds publics. Toutefois, cela ne leur confère pas le statut d'ayant droit visé à l'art. 23 de la *Charte canadienne*. En conséquence, la juge Monast conclut qu'il n'existe aucune incompatibilité entre le dernier alinéa de l'art. 73 *CLF* et l'objet de l'art. 23 de la *Charte canadienne*.

(3) Cour d'appel du Québec, 2007 QCCA 1112, [2007] R.J.Q. 2150

[18] Le juge Dalphond, aux motifs duquel souscrit le juge Hilton, affirme que le TAQ a décidé à tort que la décision rendue dans l'affaire *Nguyen* avait pour effet de régler entièrement le dossier de Talwinder Bindra. À son avis, l'appelant avait droit à une décision complète quant à l'admissibilité de son fils à l'enseignement public en anglais, que ce soit en raison de sa fréquentation d'une EPNS ou en raison de l'admission de sa sœur dans un établissement scolaire de langue anglaise, en vertu d'une autorisation spéciale. Pour sa part, le juge Dalphond rappelle, au sujet du fond du débat, que le par. 23(2) de la *Charte canadienne* doit être

constitutional objective of protecting linguistic minority communities in Canada. In his opinion, all children who receive instruction in English, regardless of whether the school is a public school or a subsidized private school and regardless of the nature of the exception to s. 72 *CFL* under which they qualify for certificates of eligibility, have the same de facto learning experience and are entitled under s. 23(2) of the *Canadian Charter* to continue to receive instruction in English. Section 23(2) also preserves family unity by providing that the brothers and sisters of a child admitted to instruction in English may also have access to instruction in that language in the public system or the subsidized private system.

[19] Thus, the refusal to consider the instruction received by a child pursuant to a special authorization (s. 81, 85 or 85.1 *CFL*) in determining whether the child and his or her brothers and sisters are eligible for instruction in English has the effect of truncating the child's actual objective reality and infringes s. 23 of the *Canadian Charter*. According to this Court's decision in *Solski*, it is important, in applying s. 73 *CFL*, to assess the educational pathway of a child in qualitative rather than strictly quantitative terms. After reviewing statistics on the number of authorizations issued in Quebec under ss. 81, 85 and 85.1 *CFL*, Dalphond J.A. found that the Attorney General of Quebec had not discharged his burden of demonstrating that there was a real threat to the survival of the French language in Quebec that could justify the infringement of constitutional rights resulting from the final paragraph of s. 73 *CFL*. In his view, the infringement of the rights protected by s. 23 was therefore not justified under s. 1 of the *Canadian Charter*, and the final paragraph of s. 73 *CFL* had to be declared to be of no force or effect. Dalphond J.A. accordingly returned the file to the person designated by the Minister of Education to immediately issue a certificate of eligibility for Satbir Bindra. Giroux J.A. wrote separate reasons, but stated that he essentially agreed with Dalphond J.A.'s reasons.

interprété d'une manière large et compatible avec l'objectif constitutionnel de protection des communautés linguistiques minoritaires au Canada. Selon lui, les enfants qui fréquentent une école de langue anglaise, qu'elle soit publique ou subventionnée et peu importe la nature de l'exception à l'art. 72 *CLF* leur permettant d'obtenir un certificat d'admissibilité, vivent de fait, tous, la même réalité scolaire, et ils ont le droit de poursuivre leurs études en langue anglaise en vertu du par. 23(2) de la *Charte canadienne*. Cette disposition protège également l'unité familiale, en permettant aux frères et sœurs d'un enfant admis à l'enseignement en langue anglaise d'avoir accès eux aussi à l'enseignement dans cette langue, dans le système public ou subventionné.

[19] Ainsi, le refus de prendre en considération l'enseignement reçu par un enfant en vertu d'une autorisation particulière (art. 81, 85 ou 85.1 *CLF*) pour déterminer son admissibilité et celle de ses frères et sœurs à l'enseignement en anglais tronque la réalité objective vécue par l'enfant et viole l'art. 23 de la *Charte canadienne*. Suivant l'arrêt de notre Cour dans *Solski*, il est important, aux fins d'application de l'art. 73 *CLF*, d'analyser le parcours scolaire d'un enfant d'une façon qualitative plutôt que strictement quantitative. Après avoir passé en revue les statistiques relatives au nombre d'autorisations délivrées au Québec en vertu des art. 81, 85 et 85.1 *CLF*, le juge Dalphond conclut que le procureur général du Québec ne s'est pas acquitté du fardeau de démontrer qu'il existait une menace réelle à la survie du français au Québec capable de justifier l'atteinte aux droits constitutionnels résultant du dernier alinéa de l'art. 73 *CLF*. L'atteinte aux droits protégés par l'art. 23 n'est donc pas selon lui justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*, et le dernier alinéa de l'art. 73 *CLF* doit être déclaré inopérant. En conséquence, le juge Dalphond renvoie le dossier à la personne désignée par le ministre de l'Éducation, pour qu'elle délivre immédiatement un certificat d'admissibilité en faveur de Satbir Bindra. Le juge Giroux rédige des motifs distincts, mais qui expriment pour l'essentiel son accord avec l'opinion du juge Dalphond.

C. *Effect of the Court of Appeal's Decisions*

[20] In its judgments, the Quebec Court of Appeal declared that the second and third paragraphs of s. 73 *CFL* were unconstitutional because they were inconsistent with the language rights guaranteed by s. 23 of the *Canadian Charter*. In the *Nguyen* case, the court ordered that the claimants' files be returned to the person designated by the Minister of Education to reassess each one in light of its judgment and this Court's decision in *Solski*. In the *Bindra* case, the court ordered that the file be returned to the Ministère de l'Éducation for immediate issuance of a certificate of eligibility for Satbir Bindra. However, execution of the judgments was stayed for the duration of the appellants' appeals to this Court. This stay also applied to the reassessment of the individual files of the children of the respondents in the *Nguyen* case and to the issuance of the certificate of eligibility in the *Bindra* case. The Quebec government is now asking this Court to find that the impugned provisions are constitutional. In the *Nguyen* case, the respondents have cross-appealed and are asking this Court to declare that their children are immediately eligible for publicly funded instruction in English. They are also asking that this Court's findings in their case apply to Satbir Bindra, even though his situation is already being reviewed in the *Bindra* case. In the latter case, the respondent is asking this Court to declare that the third paragraph of s. 73 *CFL* is invalid.

IV. Constitutional Questions

[21] In orders dated May 20, 2008, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

In the *Nguyen* case:

- (1) Does the second paragraph of s. 73 of the *Charter of the French language*, R.S.Q., c. C-11, infringe s. 23(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
- (2) If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified

C. *L'effet des jugements de la Cour d'appel*

[20] Les décisions rendues par la Cour d'appel du Québec ont invalidé les deuxième et troisième alinéas de l'art. 73 *CLF*, en raison de l'incompatibilité de ces dispositions avec les droits linguistiques garantis par l'art. 23 de la *Charte canadienne*. Dans l'affaire *Nguyen*, la Cour d'appel a ordonné le renvoi des dossiers des demandeurs à la personne désignée par le ministre de l'Éducation pour réévaluation de chaque situation, à la lumière de sa décision et de l'arrêt *Solski* de notre Cour. Dans l'affaire *Bindra*, la cour a ordonné le renvoi du dossier au ministère de l'Éducation pour que celui-ci délivre immédiatement un certificat d'admissibilité à Satbir Bindra. Toutefois, l'exécution de ces jugements a été suspendue pour la durée des pourvois des appelants devant notre Cour. Cette suspension a été aussi accordée au sujet de la réévaluation des dossiers particuliers des enfants des intimés dans le dossier *Nguyen* et de la délivrance du certificat d'admissibilité dans l'affaire *Bindra*. Le gouvernement du Québec demande maintenant à notre Cour de reconnaître la validité constitutionnelle des dispositions annulées. Dans l'affaire *Nguyen*, les intimés ont formé un pourvoi incident et demandent à notre Cour de déclarer leurs enfants immédiatement admissibles à l'école anglaise financée par les fonds publics. Ils demandent également que les conclusions de notre Cour dans ce dossier s'appliquent à Satbir Bindra, bien que son cas soit déjà étudié dans le pourvoi *Bindra*. Dans cette affaire, l'intimé demande à notre Cour de déclarer invalide le troisième alinéa de l'art. 73 *CLF*.

IV. Les questions constitutionnelles

[21] La Juge en chef a formulé, dans des ordonnances en date du 20 mai 2008, les questions constitutionnelles suivantes :

Dans le dossier *Nguyen* :

- (1) Le deuxième alinéa de l'article 73 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11, contrevient-il au paragraphe 23(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- (2) Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle

in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

In the *Bindra* case:

- (1) Does the third paragraph of s. 73 of the *Charter of the French language*, R.S.Q., c. C-11, infringe s. 23(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
- (2) If so, 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 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

V. Analysis

A. *Issues*

[22] This Court must decide whether the second and third paragraphs of s. 73 of the *CFL* are constitutional. To do so, it must first decide whether the provisions in issue infringe the language rights guaranteed by s. 23 of the *Canadian Charter* and, if so, whether the infringement is reasonable and whether it is justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter*. The Court must then decide on the appropriate remedy and on costs.

B. *Solski and the Interpretation of Section 23(2) of the Canadian Charter*

[23] Section 23 of the *Canadian Charter* establishes the general framework for the minority language educational rights of Canadian citizens. This provision is unlike those generally found in charters and declarations of fundamental rights (*Quebec Association of Protestant School Boards*, at p. 79). Although it has a collective scope, it confers individual rights. A codification of basic language rights, it reflects a fundamental political compromise in Canada in this area (*Quebec Association of Protestant School Boards*, at p. 82; *Solski*, at paras. 5-10; M. Bastarache, “Introduction”, in M. Bastarache, ed., *Language Rights in Canada* (2nd ed. 2004), 1, at pp. 6-7; M. Power and

de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique en vertu de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Dans le dossier *Bindra* :

- (1) Le troisième alinéa de l’article 73 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11, contrevient-il au paragraphe 23(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- (2) Dans l’affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique en vertu de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

V. Analyse

A. *Les questions en litige*

[22] Notre Cour doit se pencher sur la validité constitutionnelle des deuxième et troisième alinéas de l’art. 73 *CLF*. Il s’agit, en premier lieu, de décider si les dispositions en cause portent atteinte aux droits linguistiques garantis par l’art. 23 de la *Charte canadienne* et, dans l’affirmative, de se demander si l’atteinte est raisonnable et justifiée dans le cadre d’une société libre et démocratique en vertu de l’article premier de cette charte. Il faudra ensuite procéder à la détermination de la réparation appropriée et à l’adjudication des dépens.

B. *L’arrêt Solski et l’interprétation du par. 23(2) de la Charte canadienne*

[23] L’article 23 de la *Charte canadienne* établit le cadre général des droits des citoyens canadiens à l’instruction dans la langue de la minorité. La nature de cette disposition diffère de celles que l’on rencontre communément dans les chartes et les déclarations de droits fondamentaux (*Quebec Association of Protestant School Boards*, p. 79). Bien que possédant une portée collective, elle confère des droits individuels. Codification de droits essentiels en matière linguistique, elle reflète un compromis politique fondamental au Canada en cette matière (*Quebec Association of Protestant School Boards*, p. 82; *Solski*, par. 5-10; M. Bastarache, « Introduction », dans M. Bastarache, dir., *Les*

P. Foucher, "Language Rights and Education", in G.-A. Beaudoin and E. Mendes, *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (4th ed. 2005), 1095, at pp. 1102-3).

[24] Section 23(1)(a) of the *Canadian Charter* provides that citizens whose first language learned and still understood is that of the linguistic minority population of the province in which they reside have the right to have their children receive instruction in that language in that province. However, this provision does not apply in Quebec for now. Section 59 of the *Constitution Act, 1982* provides that it will not come into force in that province until it has been authorized by the legislative assembly or government of Quebec, and no such authorization has ever been given. Only s. 23(1)(b) regarding the parents' language of instruction applies. It establishes in this regard the categories of rights holders who may demand instruction in the minority language. According to s. 23(1)(b), only citizens who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the linguistic minority have the right to have their children receive instruction in that language in that province. As for s. 23(2) of the *Canadian Charter*, it concerns the continuity of a child's language of instruction and family unity. Under it, citizens of Canada of whom any child is receiving or has received instruction in the language of the linguistic minority may have all their children receive primary and secondary school instruction in that same language. This provision is central to these appeals. As can be seen, s. 23(2) relates to the language of instruction of the child rather than that of the parents, although it is in actual fact the parents who are the holders of the guaranteed rights. Finally, s. 23(3) provides that the guaranteed rights apply where the number of children who can benefit from them is sufficient.

[25] This Court has considered s. 23 several times since the *Canadian Charter* came into force in 1982. This provision lays down a comprehensive code that establishes the nature and scope of the educational rights of an English or French

droits linguistiques au Canada (2^e éd. 2004), 1, p. 7; M. Power et P. Foucher, « Language Rights and Education », dans G.-A. Beaudoin et E. Mendes, *Charte canadienne des droits et libertés* (4^e éd. 2005), 1095, p. 1102-1103).

[24] L'alinéa 23(1)a) de la *Charte canadienne* prévoit que les citoyens dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité linguistique de la province où ils résident ont le droit d'y faire instruire leurs enfants dans cette langue. Cet alinéa ne s'applique toutefois pas pour l'instant au Québec. En effet, l'art. 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose que son entrée en vigueur dans cette province exige l'autorisation de l'assemblée législative ou du gouvernement du Québec, autorisation qui n'a jamais été accordée. Seul s'applique l'al. 23(1)b) relativement à la langue d'enseignement des parents. Cet alinéa détermine à cet égard les catégories d'ayants droit qui peuvent exiger l'enseignement dans la langue de la minorité. Ainsi, selon l'al. 23(1)b), seuls les citoyens qui ont reçu leur instruction au niveau primaire en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité linguistique ont le droit d'y faire instruire leurs enfants dans cette langue. Par ailleurs, le par. 23(2) de la *Charte canadienne* traite de la continuité de la langue d'instruction d'un enfant et de l'unité du groupe familial. Cette disposition permet aux citoyens canadiens dont l'un des enfants reçoit ou a reçu son instruction dans la langue de la minorité linguistique de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction. Cette disposition se situe au cœur des présents pourvois. On notera que le par. 23(2) vise la langue d'instruction de l'enfant, plutôt que celle des parents, bien que ces derniers demeurent en définitive les titulaires des droits garantis. Finalement, le par. 23(3) assujettit la mise en œuvre des droits garantis à la présence d'un nombre suffisant d'enfants aptes à en bénéficier.

[25] Notre Cour s'est penchée à plusieurs reprises sur l'art. 23 depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne* en 1982. Cette disposition établit un code complet qui détermine la nature et la portée des droits à l'instruction dans la langue des minorités

linguistic minority. Section 23 applies in particular to minority language communities throughout Canada. Moreover, it was not enacted in a vacuum. Well aware of the situations of linguistic minorities and the existing legislative schemes with respect to the language of instruction in Canada, the framers wanted to remedy the most serious defects in the legal rules being applied to such minorities and to implement uniform corrective measures for past injustices (*Quebec Association of Protestant School Boards*, at p. 79; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, at pp. 363-64; *Solski*, at para. 21). Section 23 was thus conceived as a tool for achieving equality between Canada's two official language groups (*Mahe*, at p. 369; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, 2000 SCC 1, [2000] 1 S.C.R. 3, at para. 26).

[26] Since *Quebec Association of Protestant School Boards*, this Court has consistently held that in interpreting s. 23, it is necessary to take a purposive approach aimed at identifying the framers' objective at the time of its enactment. The Court has stated on a number of occasions that the purpose of this section is to protect the official languages and their respective cultures, and promote their development, in the provinces where they are spoken by a minority (*Mahe*, at p. 364; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839, at p. 849; *Gosselin (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 15, [2005] 1 S.C.R. 238, at para. 28; *Solski*, at para. 7). Moreover, even if the guaranteed language rights are the embodiment of a political compromise, they must, like the other rights entrenched in the *Charter*, be given a generous and expansive interpretation that is consistent with the identified purpose (*Mahe*, at pp. 364-65; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paras. 23-24; *Solski*, at para. 20). However, the social, demographic and historical context of the recognition of the rights guaranteed by s. 23 remains the backdrop for the analysis of language rights and assists in identifying the concerns that led to their being given constitutional recognition (*Solski*, at para. 5). In analysing and interpreting language rights, it is also necessary to consider

anglophone ou francophone. L'article 23 vise particulièrement les communautés linguistiques minoritaires dans l'ensemble du Canada. D'ailleurs, cette disposition n'a pas été adoptée dans l'abstrait. Bien au fait de la situation des minorités linguistiques et des aménagements législatifs en matière de langue d'enseignement existants au Canada, le constituant a voulu remédier aux lacunes les plus graves des régimes juridiques appliqués à ces minorités, et apporter des remèdes uniformes aux injustices du passé (*Quebec Association of Protestant School Boards*, p. 79; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 363-364; *Solski*, par. 21). L'article 23 a été alors conçu comme un instrument de réalisation de l'égalité entre les deux groupes linguistiques officiels au Canada (*Mahe*, p. 369; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 R.C.S. 3, par. 26).

[26] Depuis l'arrêt *Quebec Association of Protestant School Boards*, notre Cour a constamment jugé qu'une méthode téléologique — fondée sur la recherche du but du constituant au moment de l'adoption de l'art. 23 — s'impose dans l'interprétation de cette disposition. Elle a affirmé à plusieurs reprises que cet article vise à assurer la protection des langues officielles ainsi que celle des cultures qu'elles expriment, et à favoriser leur épanouissement, dans les provinces où elles sont minoritaires (*Mahe*, p. 364; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, p. 849; *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 15, [2005] 1 R.C.S. 238, par. 28; *Solski*, par. 7). Par ailleurs, même s'ils expriment un compromis politique, les droits linguistiques garantis doivent recevoir une interprétation large, libérale et compatible avec l'objet identifié, tout comme les autres droits constitutionnalisés par la *Charte* (*Mahe*, p. 364-365; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 23-24; *Solski*, par. 20). Cependant, le contexte historique, démographique et social ayant conduit à la reconnaissance des droits garantis par l'art. 23 demeure la toile de fond de l'analyse des droits linguistiques et il permet de mieux cerner les préoccupations qui ont inspiré leur reconnaissance constitutionnelle (*Solski*, par. 5). L'analyse et

the official languages dynamics in each province (*Reference re Public Schools Act (Man.)*, at p. 851; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 777-78; *Solski*, at para. 7). These principles form the framework for interpreting s. 23 of the *Canadian Charter*.

[27] As the Court observed in *Solski*, the specific purpose of s. 23(2) of the *Canadian Charter* is to provide continuity of minority language education rights, to ensure family unity and to accommodate mobility within Canada (para. 30). Although the purpose of s. 23 is to protect and promote both the English-speaking and French-speaking minority language communities, the rights provided for in s. 23(2) apply regardless of whether the parents or the eligible children are members of one of these minority communities or speak one of these languages in the home, or even have a working knowledge of the protected minority language. As this Court stated in *Solski*, “[t]he conditions for qualification under s. 23 reflect the fact that new Canadians in particular will decide to adopt one or the other official languages, or both, as participants in the Canadian language regime” (para. 31). Change of residence from one province to another is not among the conditions for exercising the guaranteed rights either. Finally, in the very words of s. 23(2) — which refers to instruction that the child has received or is receiving for the purpose of determining whether the child has a right to receive instruction in the minority language — no distinction is made between instruction that is public and instruction that is private, whether subsidized or unsubsidized.

C. *Solski and the Identification of a Genuine Educational Pathway as a Condition of Eligibility for Instruction in the Minority Language*

[28] *Solski* is determinative in the analysis of the rights provided for in s. 23(2) of the *Canadian Charter*. In that case, the Court had to decide

l’interprétation des droits linguistiques cherchent aussi à prendre en compte la dynamique propre à la situation des langues officielles dans chaque province (*Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, p. 851; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 777-778; *Solski*, par. 7). Ces principes fixent le cadre interprétatif de l’art. 23 de la *Charte canadienne*.

[27] Comme l’a souligné la Cour dans l’arrêt *Solski*, le par. 23(2) de la *Charte canadienne* a pour objet précis de garantir le droit à la continuité de l’instruction dans la langue de la minorité, de préserver l’unité familiale et de favoriser la liberté de circulation et d’établissement à l’intérieur du Canada (par. 30). Bien que l’art. 23 vise la protection et l’épanouissement des deux communautés linguistiques minoritaires francophone et anglophone, les droits accordés par le par. 23(2) s’appliquent indépendamment du fait que les parents ou les enfants admissibles fassent partie de l’une de ces communautés minoritaires, ou parlent l’une de ces langues à la maison, ou même aient une connaissance pratique de la langue de la minorité protégée. Comme notre Cour l’a affirmé dans l’affaire *Solski*, « [l]es conditions qui doivent être remplies en vertu de l’art. 23 reflètent le fait que les néocanadiens décident notamment d’adopter l’une ou l’autre langue officielle, ou les deux à la fois, en tant que participants au régime linguistique canadien » (par. 31). Le changement de résidence entre deux provinces ne représente pas non plus l’une des conditions d’exercice des droits garantis. Finalement, lorsqu’il renvoie à l’enseignement que l’enfant a reçu ou qu’il reçoit dans un établissement pour déterminer le droit de celui-ci de recevoir l’enseignement dans la langue de la minorité, le texte même du par. 23(2) ne distingue pas entre l’enseignement public ou privé, subventionné ou non.

C. *L’arrêt Solski et la recherche du parcours scolaire authentique comme condition d’admissibilité à l’enseignement dans la langue de la minorité*

[28] L’arrêt *Solski* joue un rôle déterminant dans l’analyse des droits conférés par le par. 23(2) de la *Charte canadienne*. Dans cette affaire, la Cour

whether the requirement established in s. 73 *CFL* — that, for a child to have access to public and subsidized private schools in the minority language, the “major part” of the instruction the child has received be in that language — was consistent with the rights provided for in s. 23(2) of the *Canadian Charter*. The Court found this “major part” requirement to be consistent with s. 23(2) provided that it was interpreted properly (*Solski*, at paras. 28 and 35), that is, as giving rise to an obligation to conduct a global qualitative assessment of a child’s educational pathway. Conducting a strictly mathematical analysis of this pathway based solely on time spent in minority language schools, which had been the approach of the Ministère de l’Éducation du Québec up to that time, was to be avoided.

[29] The global assessment of the child’s educational pathway, which focusses on quality, is then based on a set of factors that are of varying importance depending on the specific facts of each case. These factors include time spent in different programs of study, at what stage of the child’s education the choice of language of instruction was made, what programs are or were available, and whether learning disabilities or other difficulties exist (*Solski*, at para. 33). The qualitative assessment of the child’s situation thus makes it possible to determine whether the claimant meets the requirements of s. 23(2) and belongs to one of the recognized categories of rights holders. In this connection, the Court noted that this provision does not specify a minimum amount of time a child would have to spend in a minority language education program in order to benefit from the constitutional rights (*Solski*, at para. 41). However, a short period of attendance at a minority language school is not indicative of a genuine commitment and cannot on its own be enough for a child’s parent to obtain the status of a rights holder under the *Canadian Charter*. In this regard, the Court warned against artificial educational pathways designed to circumvent the purposes of s. 23 and create new categories of rights holders at the sole discretion of the parents:

devait décider si l’exigence — établie par l’art. 73 *CLF* — qu’un enfant ait reçu la « majeure partie » de son enseignement dans la langue de la minorité pour avoir accès aux écoles publiques et aux écoles privées subventionnées dans cette langue respectait les droits accordés par le par. 23(2) de la *Charte canadienne*. La Cour a conclu que ce critère de la « majeure partie » de l’enseignement était conforme aux dispositions du par. 23(2), dans la mesure où on lui donnait une interprétation correcte (*Solski*, par. 28 et 35). Il fallait l’interpréter comme la source d’une obligation de procéder à une évaluation qualitative globale du parcours scolaire d’un enfant. On devait éviter une analyse strictement mathématique de ce parcours qui ne se fonde que sur le temps passé dans les écoles de la minorité, ce qui était la méthode employée jusqu’alors par le ministère de l’Éducation du Québec.

[29] L’évaluation globale du cheminement de l’enfant, effectuée d’un point de vue qualitatif, repose alors sur un ensemble de facteurs, d’importance variable selon les faits propres à chaque cas. Ces facteurs incluent notamment le temps passé dans divers programmes d’études, l’étape des études à laquelle le choix de la langue d’instruction a été fait, les programmes offerts et l’existence de problèmes d’apprentissage ou d’autres difficultés (*Solski*, par. 33). L’évaluation qualitative de la situation de l’enfant permet ainsi de déterminer si le demandeur satisfait aux exigences du par. 23(2) et appartient à l’une des catégories reconnues de titulaires de droit. À ce propos, notre Cour a rappelé que cette disposition ne précise pas de période minimale que l’enfant devrait passer dans un programme d’enseignement de la minorité pour bénéficier des droits reconnus par la Constitution (*Solski*, par. 41). Toutefois, un court passage dans une école de la minorité ne témoigne pas d’un engagement réel et ne peut suffire, à lui seul, à obtenir le statut d’ayant droit visé à la *Charte canadienne*. À cet égard, notre Cour met en garde contre les parcours scolaires artificiels destinés à contourner les objectifs de l’art. 23 et à créer des catégories nouvelles d’ayants droit dont l’existence dépend de la seule discrétion des parents :

It cannot be enough, in light of the objectives of s. 23, for a child to be registered for a few weeks or a few months in a given program to conclude that he or she qualifies for admission, with his or her siblings, in the minority language programs of Quebec. [*Solski*, at para. 39.]

D. Infringement of the Constitutional Rights of the Claimants in the Two Appeals

[30] The purpose of s. 73 *CFL* is to implement the constitutional guarantees provided for in s. 23 of the *Canadian Charter* with respect to minority language educational rights. The first paragraph of s. 73 *CFL* lists five situations in which children, at the request of their parents, may receive publicly funded instruction in English in Quebec. These situations constitute exceptions to the general rule — established in s. 72 *CFL* — that instruction in Quebec is provided in French to all students, in kindergarten and in elementary and secondary schools. Under s. 73 *CFL*, the children of a Canadian citizen have a right to receive instruction in the language of the English-speaking minority if, *inter alia*, at least one of the children has received or is receiving instruction in English anywhere in Canada, provided that the instruction constitutes the major part of the elementary or secondary instruction received by the child in Canada.

[31] As I mentioned above, paras. 2 and 3 of s. 73 *CFL* provide that instruction received in a UPS or pursuant to a special authorization under s. 81, 85 or 85.1 *CFL* must be disregarded. Thus, neither time spent by a child in an unsubsidized private educational institution that provides instruction in English nor instruction received by a child in English pursuant to a special authorization granted by the province is given any consideration whatsoever — in either qualitative or quantitative terms — in determining whether the major part of the instruction the child received was in English and whether the child is entitled to receive instruction in that language in Quebec. Such periods of instruction are, in a manner of speaking, struck from the child's educational pathway as if they had never occurred.

Compte tenu des objectifs de l'art. 23, il ne suffit pas qu'un enfant soit inscrit depuis quelques semaines ou quelques mois à un programme donné pour qu'il soit possible de conclure que cet enfant ainsi que ses frères et sœurs sont admissibles aux programmes d'enseignement dans la langue de la minorité au Québec. [*Solski*, par. 39.]

D. Atteinte aux droits constitutionnels des demandeurs dans les deux pourvois

[30] L'article 73 *CLF* entend aménager la mise en œuvre des garanties constitutionnelles que prévoit l'art. 23 de la *Charte canadienne* en matière de droits à l'instruction dans la langue de la minorité. Le premier alinéa de l'art. 73 énumère cinq situations dans lesquelles un enfant, à la demande de ses parents, peut recevoir au Québec de l'enseignement en langue anglaise financé à même les fonds publics. Ces situations constituent des exceptions à la règle générale établie par l'art. 72 *CLF* et selon laquelle au Québec, l'enseignement est dispensé pour tous les élèves en français, aux niveaux de la maternelle, du primaire et du secondaire. L'article 73 *CLF* reconnaît notamment le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité anglophone aux enfants d'un citoyen canadien si au moins un de ces enfants a reçu ou reçoit un enseignement en anglais n'importe où au Canada, dans la mesure où cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire ou secondaire reçu au Canada.

[31] Comme je l'ai souligné plus haut, les al. 2 et 3 de l'art. 73 *CLF* interdisent toute reconnaissance des parcours scolaires qui se sont déroulés soit dans une EPNS ou en application d'une autorisation particulière accordée en vertu des art. 81, 85 ou 85.1 *CLF*. Ainsi, le temps passé par un enfant dans un établissement scolaire privé non subventionné où l'enseignement est dispensé en langue anglaise, de même que l'enseignement reçu par un enfant en anglais en vertu d'une autorisation spéciale accordée par la province, ne sont pas considérés du tout — ni qualitativement, ni quantitativement — afin de déterminer si la majeure partie de l'enseignement reçu par un enfant l'a été anglais, et pour établir le droit de poursuivre des études dans cette langue au Québec. Ces périodes d'études sont, pour ainsi dire, effacées du parcours scolaire de l'enfant, comme si elles n'avaient jamais eu lieu.

[32] In the protection afforded by the *Canadian Charter*, no distinction is drawn as regards the type of instruction received by the child, as to whether the educational institution is public or private, or regarding the origin of the authorization pursuant to which instruction is provided in a given language. Rather, s. 23(2) of the *Canadian Charter* reflects a factual reality in which language rights are protected when, in light of the child's overall situation and of an analysis of the child's educational pathway that is both subjective and objective, it is determined that the child is receiving or has received instruction in one of Canada's two official languages. It is therefore the fact that a child has received instruction in a language that makes it possible to exercise the constitutional right. Moreover, this interpretation is compatible with the primary objective of s. 23(2): to promote continuity of language instruction.

[33] The inability to assess a child's educational pathway in its entirety in determining the extent of his or her educational language rights has the effect of truncating the child's reality by creating a fictitious educational pathway that cannot serve as a basis for a proper application of the constitutional guarantees. In *Solski*, this Court stated that the child's entire educational pathway must be taken into account in order to determine whether it meets the requirements of s. 23(2) of the *Canadian Charter*. If an entire portion of the educational pathway is omitted from the analysis because of the nature or origin of the instruction received, it is impossible to conduct the global analysis of the child's situation and educational pathway required by *Solski*.

[34] Where both UPSs and special authorizations issued by the province are concerned, the children are in fact receiving or have in fact received instruction in English and fall, in principle, within the categories of rights holders under s. 23(2). According to *Solski*, on a proper interpretation of this provision, it is necessary to conduct a comprehensive analysis of the educational pathways of children whose parents wish to avail themselves of the constitutional guarantees. I accordingly find that paras. 2 and 3 of s. 73 *CFL* limit the respondents' rights in both

[32] La protection accordée par la *Charte canadienne* n'établit aucune distinction entre le type d'enseignement reçu par l'enfant, le caractère public ou privé de l'établissement d'enseignement ou encore la source de l'autorisation en vertu de laquelle l'enseignement dans une langue est dispensé. Le paragraphe 23(2) de la *Charte canadienne* traduit davantage une réalité factuelle où des droits en matière linguistique sont protégés lorsque, compte tenu de l'ensemble de la situation de l'enfant et selon une analyse à la fois subjective et objective de son parcours, il est établi que celui-ci reçoit ou a reçu de l'instruction dans l'une des deux langues officielles du Canada. C'est donc le fait pour l'enfant d'avoir reçu de l'instruction dans une langue qui permet l'exercice du droit constitutionnel. Cette interprétation rejoint d'ailleurs l'objectif premier du par. 23(2), à savoir favoriser la continuité d'emploi de la langue d'instruction.

[33] L'impossibilité d'évaluer complètement le cheminement scolaire d'un enfant pour déterminer l'étendue de ses droits linguistiques scolaires a pour effet de tronquer la réalité, en créant un parcours scolaire fictif dont l'examen ne permet pas d'appliquer correctement les garanties constitutionnelles. Dans l'arrêt *Solski*, notre Cour a précisé qu'il doit être tenu compte du cheminement scolaire global de l'enfant pour déterminer s'il satisfait aux exigences du par. 23(2) de la *Charte canadienne*. Supprimer de l'analyse un pan entier du parcours scolaire, en raison de la nature ou de l'origine de l'enseignement reçu, ne permet pas l'analyse globale de la situation de l'enfant et de son parcours scolaire que commande l'arrêt *Solski*.

[34] Or, autant dans le cas des EPNS que dans celui des autorisations spéciales délivrées par la province, les enfants reçoivent ou ont reçu, de fait, de l'enseignement en langue anglaise et se situent en principe dans les catégories d'ayants droit établies par le par. 23(2). L'interprétation correcte de cette disposition commande une analyse complète du parcours scolaire des enfants dont les parents désirent se prévaloir des garanties constitutionnelles, selon l'arrêt *Solski*. En conséquence, je conclus que les al. 2 et 3 de l'art. 73 *CLF* portent atteinte

appeals. But it remains to be determined whether, as the appellants argue, this limit can be justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter*.

[35] Before discussing the application of s. 1, however, I consider it necessary at this point to add some comments about my conclusion that certain provisions of the *CFL* limit the respondents' constitutional rights. As this Court has previously noted, the framers did not intend, in enacting s. 23, to re-establish freedom of choice of the language of instruction in the provinces. However, a literal application of s. 23(2) could lead to this result and render the *CFL*'s provisions on the language of instruction meaningless. Moreover, it would be hard to reconcile a literal application with the concept of a genuine educational pathway, which is a fundamental consideration in determining whether someone belongs to the categories of rights holders. This Court also noted this problem in *Solski* (paras. 39 and 48).

[36] The “bridging” schools appear in some instances to be institutions created for the sole purpose of artificially qualifying children for admission to the publicly funded English-language school system. When schools are established primarily to bring about the transfer of ineligible students to the publicly funded English-language system, and the instruction they give in fact serves that end, it cannot be said that the resulting educational pathway is genuine. However, it is necessary to review the situation of each institution, as well as the nature of its clientele and the conduct of individual clients. As delicate as this task may be, this is the only approach that will make it possible to comply with the framers' objectives while averting, especially in Quebec, a return to the principle of freedom of choice of the language of instruction that the framers did not intend to impose (*Gosselin*, at paras. 2, 30 and 31).

E. *Justification Under Section 1*

[37] According to the respondents, the appellants cannot invoke s. 1 of the *Canadian Charter* to

aux droits des intimés, et ce, dans les deux pourvois. Demeure toutefois la question de savoir si, comme le plaident les appelants, cette atteinte peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*.

[35] Cependant, avant de passer à l'examen de l'application de l'article premier, je crois nécessaire d'ajouter à ce stade-ci quelques commentaires à propos de ma conclusion que certaines dispositions de la *CLF* portent atteinte aux droits constitutionnels des intimés. Comme notre Cour l'a déjà rappelé, le constituant n'a pas voulu, en adoptant l'art. 23, rétablir le principe du libre choix de la langue d'enseignement dans les provinces. L'application littérale du par. 23(2) pourrait cependant provoquer ce résultat et vider la *CLF* de son contenu au sujet de la langue d'enseignement. De plus, une telle application se concilierait mal avec la notion de parcours scolaire authentique, qui joue un rôle fondamental dans la détermination de l'appartenance aux catégories d'ayants droit. Notre Cour a d'ailleurs noté ce problème dans l'arrêt *Solski* (par. 39 et 48).

[36] Les écoles dites « passerelles » semblent parfois des institutions créées dans le seul but de qualifier artificiellement des enfants pour l'admission dans le système d'éducation anglophone financé par les fonds publics. Lorsque des écoles sont établies principalement dans le but d'aménager le transfert d'élèves non admissibles au réseau anglophone financé par les fonds publics et que leur enseignement sert, en effet, à réaliser ce transfert, on ne saurait affirmer que l'on se retrouve devant un parcours scolaire authentique. Encore faut-il examiner la situation de chaque institution, ainsi que la nature et le comportement de sa clientèle. Aussi, si délicate que puisse être cette tâche, seule une telle approche permettra de respecter les objectifs du constituant, en évitant un retour au principe du libre choix de la langue de l'enseignement, notamment au Québec, que le constituant n'a pas voulu imposer (*Gosselin*, par. 2, 30 et 31).

E. *La justification en vertu de l'article premier*

[37] Les intimés ont plaidé que les appelants ne pouvaient invoquer l'article premier de la *Charte*

justify a limit on s. 23 rights. But it is now well established that s. 1 applies to language rights, and that the Court did not reach the conclusion the respondents say it did in *Quebec Association of Protestant School Boards* (see, for example, *Ford*, at pp. 771 and 774). Thus, in accordance with the approach established in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, the Court must determine first whether the objective of the measures adopted by the Quebec legislature is sufficiently important to warrant the infringement of the guaranteed rights, and then whether the means chosen are proportional to the objective.

[38] Bill 104 had two principal objectives. The first was to resolve the problem of bridging schools and the expansion of the categories of rights holders that resulted from the enrolment of students in those institutions. The second, more general, objective was to protect and promote the French language in Quebec. Although the Quebec legislature is required to perform its constitutional obligations related to minority language educational rights within its territory, the fundamental rule concerning the language of instruction in Quebec remains. According to s. 72 *CFL*, instruction in Quebec must, with some exceptions, be provided in French to all students in kindergarten and in elementary and secondary schools. This rule is the expression of a valid political choice. Quebec's National Assembly may legitimately try to give effect to this choice by permitting no exceptions other than those required by the language rights provided for in s. 23 of the *Canadian Charter*. The legislature's intention in this respect would be compromised if these "springboard" schools could be used to make obtaining access to minority language schools almost automatic. Resolving this problem is a serious and legitimate objective. Moreover, this Court has already held, in *Ford*, that the general objective of protecting the French language is a legitimate one within the meaning of *Oakes* in view of the unique linguistic and cultural situation of the province of Quebec:

canadienne pour justifier une limitation des droits garantis par l'art. 23. Il est maintenant bien établi que l'article premier s'applique aux droits linguistiques et que, dans l'arrêt *Quebec Association of Protestant School Boards*, la Cour n'a jamais conclu dans le sens invoqué par les intimés (voir notamment : *Ford*, p. 771 et 774). Par conséquent, en conformité avec la méthode établie dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, notre Cour doit d'abord déterminer si l'objectif visé par les mesures adoptées par le législateur québécois est suffisamment important pour justifier l'atteinte aux droits garantis et, ensuite, si les moyens choisis sont proportionnels à l'objectif recherché.

[38] La Loi 104 comportait deux objectifs principaux. D'une part, elle visait à régler le problème des écoles passerelles et de l'élargissement des catégories d'ayants droit qu'entraînaient les inscriptions d'élèves dans ces institutions. D'autre part, et de façon plus générale, elle cherchait à protéger la langue française au Québec et à favoriser son épanouissement. Bien que la législature québécoise doive exécuter ses obligations constitutionnelles relatives aux droits à l'instruction dans la langue de la minorité sur son territoire, la règle fondamentale relative à la langue d'enseignement au Québec demeure. Selon l'article 72 *CLF*, sauf exceptions, l'enseignement se donne en langue française à tous les élèves, tant à la maternelle qu'aux niveaux primaire et secondaire, sur le territoire du Québec. Cette règle exprime un choix politique valide. L'Assemblée nationale du Québec peut légitimement vouloir faire respecter ce choix, sans dérogations autres que celles qu'imposent les droits linguistiques reconnus par l'art. 23 de la *Charte canadienne*. La création d'une voie d'accès quasi automatique aux écoles de la minorité linguistique par l'intermédiaire de ces écoles tremplins compromettrait la réalisation de cette volonté du législateur. Résoudre cette difficulté représente un objectif important et légitime. D'ailleurs, dans l'arrêt *Ford*, notre Cour a déjà reconnu que l'objectif général de protection de la langue française représentait un objectif légitime, au sens de l'arrêt *Oakes*, eu égard à la situation linguistique et culturelle particulière de la province de Québec :

[T]he material amply establishes the importance of the legislative purpose reflected in the *Charter of the French Language* and that it is a response to a substantial and pressing need. . . . The vulnerable position of the French language in Quebec and Canada was described in a series of reports by commissions of inquiry beginning with the Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism in 1969 and continuing with the Parent Commission and the Gendron Commission. . . . Thus, in the period prior to the enactment of the legislation at issue, the “*visage linguistique*” of Quebec often gave the impression that English had become as significant as French. This “*visage linguistique*” reinforced the concern among francophones that English was gaining in importance, that the French language was threatened and that it would ultimately disappear. It strongly suggested to young and ambitious francophones that the language of success was almost exclusively English. It confirmed to anglophones that there was no great need to learn the majority language. And it suggested to immigrants that the prudent course lay in joining the anglophone community. . . .

The section 1 and s. 9.1 materials establish that the aim of the language policy underlying the *Charter of the French Language* was a serious and legitimate one. They indicate the concern about the survival of the French language and the perceived need for an adequate legislative response to the problem. . . . [pp. 777-79]

[39] More than twenty years after that decision, this concern is still present in Quebec, as can be seen in the report of the Office québécois de la langue française entitled *Rapport sur l'évolution de la situation linguistique au Québec, 2002-2007* (2008). In this report, great concern continues to be expressed about the situation of the French language in the Canadian and North American contexts:

[TRANSLATION] In both the Canadian and North American contexts, French and English do not carry the same weight and are not subject to the same constraints in respect of the future. The durability of English in Canada and in North America is all but assured. That of French in Quebec, and particularly in the Montréal area, still depends to a large extent on its relationship with English and remains contingent upon various factors such as fecundity, the aging of the population, inter- and intraprovincial migration and language substitution. [p. 47]

[L]es documents établissent amplement l'importance de l'objet législatif de la *Charte de la langue française* et le fait qu'elle est destinée à répondre à un besoin réel et urgent. [. . .] La vulnérabilité de la langue française au Québec et au Canada a été décrite dans une série de rapports de commissions d'enquête, tout d'abord dans le rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme de 1969 puis dans les rapports de la commission Parent et de la commission Gendron. [. . .] Donc, au cours de la période qui a précédé l'adoption de la loi en cause, le « visage linguistique » du Québec donnait souvent l'impression que l'anglais était devenu aussi important que le français. Ce « visage linguistique » a renforcé chez les francophones la crainte que l'anglais gagne en importance, que la langue française soit menacée et qu'elle finisse par disparaître. Il semblait indiquer aux jeunes francophones que la langue du succès était presque exclusivement l'anglais et confirmait pour les anglophones qu'il n'était pas vraiment nécessaire d'apprendre la langue de la majorité. Cela pouvait en outre amener les immigrants à penser qu'il était plus sage de s'intégrer à la collectivité anglophone. . . .

Il ressort des documents se rapportant à l'article premier et à l'art. 9.1 que la politique linguistique sous-tendant la *Charte de la langue française* vise un objectif important et légitime. Ils révèlent les inquiétudes à l'égard de la survie de la langue française et le besoin ressenti d'une solution législative à ce problème. . . . [p. 777-779]

[39] Plus de vingt ans après cette décision, cette préoccupation demeure présente au Québec, comme en témoigne le *Rapport sur l'évolution de la situation linguistique au Québec, 2002-2007* (2008) de l'Office québécois de la langue française. Ce rapport exprime toujours une forte inquiétude quant à la situation de la langue française dans le contexte canadien et nord-américain :

Tant à l'échelle canadienne que nord-américaine, le français et l'anglais n'ont pas le même poids et ne sont pas soumis aux mêmes contraintes d'avenir. La pérennité de l'anglais au Canada et en Amérique du Nord est quasi certaine. Celle du français au Québec, et particulièrement dans la région de Montréal, dépend encore, dans une large mesure, de sa rencontre avec l'anglais et demeure tributaire de divers facteurs tels que la fécondité, le vieillissement de la population, les migrations inter et intraprovinciales et les substitutions linguistiques. [p. 47]

[40] Since the legislative objective has been found to be valid, the next step is to determine whether the provisions introduced by Bill 104 constitute a proportionate response to the problems identified above. In my opinion, the appellants have established the existence of a rational causal connection between the objectives of Bill 104 and the measures taken by the province of Quebec. Moreover, this Court has commented several times on the importance of education and the organization of schools to the preservation and promotion of a language and its culture (*Mahe*, at pp. 362-63; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, at p. 849; *Gosselin*, at para. 31). The purpose of Bill 104 is to protect and promote instruction in French as well as the use of the French language.

[41] The main problem that arises in determining whether the impugned provisions are constitutional relates to the proportionality of the adopted measures. Even if a rational connection is found to exist between the impugned measures and the objective of the legislation, it is necessary to take the analysis further and ask whether the means chosen by the legislature constitute a minimal impairment, as defined in the case law, of the constitutional rights guaranteed by s. 23(2) of the *Canadian Charter*. In my opinion, the measures that are contested in the *Nguyen* and *Bindra* cases are excessive in relation to the objectives being pursued, and do not meet the standard of minimal impairment.

[42] I will begin by discussing the *Nguyen* case, and therefore the case of unsubsidized private schools contemplated in the second paragraph of s. 73 *CFL*. As I mentioned above, Bill 104 rules out any consideration of a child's educational pathway in an unsubsidized English-language private school. No account whatsoever is to be taken of the duration and circumstances of that pathway or of the nature and history of the educational institution in which the child was enrolled. The prohibition against taking this into account is total and absolute. In light of the evidence presented in the *Nguyen* case, this legislative response seems excessive in relation to the seriousness of the identified problem and its impact on school clientele and, potentially, on the situation of the French language

[40] L'objectif législatif étant reconnu comme valide, il faut alors déterminer si les dispositions introduites par la Loi 104 apportent une réponse proportionnée aux problèmes identifiés plus haut. À mon avis, les appelants ont établi l'existence d'un lien rationnel de causalité entre les objectifs de la Loi 104 et les mesures prises par la province de Québec. Notre Cour s'est d'ailleurs prononcée à plusieurs reprises sur l'importance de l'éducation et de l'organisation des écoles pour la préservation et l'épanouissement d'une langue et de sa culture (*Mahe*, p. 362-363; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, p. 849; *Gosselin*, par. 31). La Loi 104 cherche à protéger et à valoriser l'enseignement en langue française et l'usage de cette langue.

[41] La difficulté principale que pose l'examen de la validité constitutionnelle des dispositions attaquées se situe à l'étape de l'analyse de la proportionnalité des mesures adoptées. Même si l'existence d'un lien rationnel entre les mesures attaquées et l'objectif de la loi est reconnue, il faut poursuivre l'analyse et se demander si les moyens retenus par le législateur représentent une atteinte minimale, au sens de la jurisprudence, aux droits constitutionnels garantis par le par. 23(2) de la *Charte canadienne*. Je suis d'avis que les mesures adoptées et contestées dans les pourvois *Nguyen* et *Bindra* sont excessives par rapport aux objectifs visés et ne satisfont pas à la norme de l'atteinte minimale.

[42] Je traiterai d'abord de l'affaire *Nguyen* et donc du cas des écoles privées non subventionnées, visées par le deuxième alinéa de l'art. 73 *CLF*. Comme je l'ai souligné plus tôt, la Loi 104 exclut toute considération du parcours scolaire d'un enfant dans une école anglophone privée non subventionnée. Elle ne tient aucunement compte de la durée et des circonstances de ce parcours, non plus que de la nature et de l'histoire de l'établissement scolaire où l'enfant a été inscrit. Le refus de prendre en compte ce parcours est total et sans nuance. À la lumière de la preuve présentée dans le pourvoi *Nguyen*, cette solution législative paraît excessive par rapport à la gravité du problème identifié, ainsi qu'à son impact sur les clientèles scolaires et, potentiellement, sur la situation de la langue

in Quebec. The evidence shows that the number of children who become eligible for admission to the English-language public school system after attending a UPS remains relatively low, although it does seem to be gradually increasing. For example, in the 2001-2 school year, according to statistics provided by the Ministère de l'Éducation for the entire province of Quebec, just over 2,100 students enrolled in English-language UPSs at the pre-school, elementary and secondary levels throughout Quebec did not have certificates of eligibility for instruction in English (A.R., at p. 1605). Thus, before Bill 104 came into force, the time they spent in these institutions could have qualified them for a transfer to the publicly funded English-language system. This represents just over 1.5 percent of the total number of students eligible for instruction in English that year (*Rapport sur l'évolution de la situation linguistique au Québec, 2002-2007*, at p. 82). This number has since increased. The number of students attending English-language UPSs who did not have certificates of eligibility exceeded 4,000 in the 2007-8 school year (A.R., at p. 1605). Despite this increase, however, the number of students in question remains relatively low in relation to the numbers of students in the English- and French-language school systems. In view of this situation, although I do not deny the importance of the purpose of para. 2 of s. 73 *CFL*, the absolute prohibition on considering an educational pathway in a UPS seems overly drastic. What is happening is not a de facto return to freedom of choice with disruptive changes to the categories of rights holders. The legislature could have adopted different solutions that would involve a more limited impairment of the guaranteed rights and could more readily be reconciled with the concrete contextual approach recommended in *Solski*.

[43] However, I do not wish to deny the dangers that the unlimited expansion of UPSs could represent for the objectives of preserving and promoting the French language in Quebec. If no action were taken to control this expansion, the bridging schools could become a mechanism for almost automatically circumventing the *CFL*'s provisions on minority language educational rights, creating new categories of rights holders under the *Canadian*

française au Québec. Selon la preuve, le nombre d'enfants pouvant se faire admettre dans le réseau public anglophone après un passage dans une EPNS reste relativement faible, bien qu'il semble augmenter graduellement. Par exemple, pour l'année scolaire 2001-2002, il ressort des statistiques fournies par le ministère de l'Éducation que, pour l'ensemble du Québec, un peu plus de 2 100 élèves inscrits dans les EPNS anglaises aux niveaux préscolaire, primaire et secondaire ne détenaient pas de certificat d'admissibilité à l'enseignement en anglais (d.a., p. 1605). En conséquence, avant l'entrée en vigueur de la Loi 104, leur passage dans ces institutions aurait pu les qualifier pour un éventuel transfert vers le réseau anglophone financé à même les fonds publics. Ce chiffre représente environ un peu plus de 1,5 pour 100 du nombre total des élèves admissibles à l'enseignement en langue anglaise cette année-là (*Rapport sur l'évolution de la situation linguistique au Québec, 2002-2007*, p. 82). De plus, ce nombre s'est accru. En effet, le nombre d'écoliers fréquentant une EPNS anglaise sans détenir de certificat d'admissibilité dépassait 4 000 pour l'année scolaire 2007-2008 (d.a., p. 1605). Malgré cette augmentation, les effectifs en cause demeurent relativement faibles par rapport aux clientèles des réseaux scolaires anglophone et francophone. Devant cette situation, sans pour autant nier l'importance de l'objectif de l'al. 2 de l'art. 73 *CLF*, la prohibition absolue de la prise en considération du parcours scolaire dans une EPNS semble trop draconienne. En effet, on n'assiste pas à un retour effectif au libre choix et à un bouleversement des catégories d'ayants droit. Le législateur aurait pu adopter des solutions différentes, qui soient moins attentatoires aux droits garantis et davantage conciliables avec l'approche concrète et contextuelle que recommande l'arrêt *Solski*.

[43] Toutefois, je ne veux pas nier les dangers que l'expansion illimitée des EPNS pourrait présenter pour les objectifs de préservation et d'épanouissement de la langue française au Québec. En l'absence de toute mesure susceptible de contrôler le développement de ce phénomène, les écoles passerelles pourraient devenir éventuellement un mécanisme permettant de manière quasi automatique de contourner les dispositions de la *CLF* portant

Charter and, indirectly, restoring the freedom to choose the language of instruction in Quebec.

[44] Some of the evidence on the use of bridging schools raises doubts regarding the genuineness of many educational pathways, and regarding the objectives underlying the establishment of certain institutions. In their advertising, some institutions suggested that after a brief period there, their students would be eligible for admission to publicly funded English-language schools (A.R., at pp. 1200-1202). An approach to reviewing files closer to the one established in *Solski* would make it possible to conduct a concrete review of each student's case and of the institutions in question. This review would relate to the duration of the relevant pathway, the nature and history of the institution and the type of instruction given there. For example, it might be thought that an educational pathway of six months or one year spent at the start of elementary school in an institution established to serve as a bridge to the public education system would not be consistent with the purposes of s. 23(2) of the *Canadian Charter* and the interpretation given to that provision in *Solski*. Moreover, as I mentioned above, this Court expressed reservations in *Solski* about attempts to create language rights for expanded categories of rights holders by means of short periods of attendance at minority language schools (*Solski*, at para. 39).

[45] The situations in issue in the *Bindra* case also concern a relatively small number of children. According to the statistics provided by the appellants, it appears that between 1990 and 2002, an average of 7.1 percent of students eligible for English instruction were eligible owing to a special authorization issued by the province under ss. 81, 85 and 85.1 *CFL* (*Rapport sur l'évolution de la situation linguistique au Québec, 2002-2007*, at p. 90). Although it is impossible to determine with any accuracy what proportion of those students subsequently obtained certificates of eligibility under s. 73, para. 1(2) *CFL*, I note that a large majority of

sur les droits scolaires linguistiques, de créer de nouvelles catégories d'ayants droit en vertu de la *Charte canadienne* et de rétablir indirectement un régime de libre choix linguistique dans le domaine scolaire au Québec.

[44] Certains éléments de preuve relatifs à l'utilisation des écoles passerelles laissent planer des doutes quant à l'authenticité de bon nombre de parcours scolaires, et quant aux objectifs de la création de certaines institutions. Ainsi, la publicité de quelques établissements suggère qu'un court passage en leur sein permet de rendre leurs élèves admissibles aux écoles anglophones financées à même les fonds publics (d.a., p. 1200-1202). Une méthode d'examen des dossiers plus conforme à celle établie dans l'arrêt *Solski* permet l'étude concrète du cas de chaque élève et de celui des établissements concernés. Elle porte sur la durée du parcours, la nature et l'histoire de l'institution et le type d'enseignement qu'on y donne. Par exemple, on peut penser qu'un passage de six mois ou d'un an au début du cours primaire dans des institutions créées pour jouer le rôle de passerelles vers l'enseignement public ne représente pas un parcours scolaire respectant les objectifs du par. 23(2) de la *Charte canadienne* et l'interprétation donnée à cette disposition dans l'arrêt *Solski*. De plus, comme je l'ai souligné précédemment, on se souviendra que dans cet arrêt, notre Cour avait exprimé des réserves à l'égard des tentatives de créer des droits linguistiques en faveur de catégories élargies d'ayants droit au moyen de courts passages dans des établissements scolaires de la langue de la minorité (*Solski*, par. 39).

[45] Les situations visées par le pourvoi *Bindra* touchent elles aussi un nombre relativement restreint d'enfants. En effet, selon les statistiques fournies par les appelants, il appert que, de 1990 à 2002, en moyenne 7,1 pour 100 des élèves admissibles à l'enseignement en anglais l'étaient en vertu d'une autorisation spéciale délivrée par la province en conformité avec les art. 81, 85 et 85.1 *CLF* (*Rapport sur l'évolution de la situation linguistique au Québec, 2002-2007*, p. 90). Bien qu'il ne soit pas possible de déterminer avec précision dans quelle proportion ces élèves ont par la suite obtenu un certificat d'admissibilité en vertu de

them were eligible because they were staying temporarily in Quebec and had obtained special authorizations on that basis under s. 85 *CFL*. Moreover, it must not be forgotten that the special authorizations mechanism remains wholly within the authority of the Quebec government, which can therefore grant authorizations that exceed what it is constitutionally obligated to grant, but cannot, after doing so, deny any rights flowing from the authorizations in question that are guaranteed by the *Canadian Charter*. The provisions added to the *CFL* by Bill 104 that apply to Mr. Bindra's case are not consistent with the principle of preserving family unity provided for in s. 23(2) of the *Canadian Charter*. In fact, they are likely to make it impossible for children of a family to receive instruction in the same school system.

F. Remedies

[46] I must therefore find that the limit on the respondents' constitutional rights was not justified under s. 1 of the *Canadian Charter*. I would therefore uphold the Quebec Court of Appeal's declaration that paras. 2 and 3 of s. 73 *CFL* are invalid. Because of the difficulties this declaration of invalidity may entail, I would suspend its effects for one year to enable Québec's National Assembly to review the legislation. However, it is also necessary to consider the situations of the claimants concerned in the two appeals.

[47] Regarding the claimants in the *Nguyen* case, despite the suspension of the declaration of invalidity, I agree with the Quebec Court of Appeal that their files should be returned to the Ministère de l'Éducation, and if necessary to the ATQ, to be reviewed in light of the criteria established in *Solski* and in this judgment. The evidence currently in the files is insufficient for this Court to determine whether the children are or are not eligible for instruction in English in Quebec. I would accordingly dismiss the cross-appeal without costs. In the

l'art. 73, al. 1(2) *CLF*, je constate, toutefois, qu'une forte majorité de ceux-ci sont admissibles parce qu'ils séjournent temporairement au Québec et ont obtenu, sur cette base, des autorisations spéciales en vertu de l'art. 85 *CLF*. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que le mécanisme des autorisations spéciales continue de relever entièrement du gouvernement du Québec. Celui-ci peut donc accorder des autorisations qui excèdent le cadre de ses obligations constitutionnelles, mais il ne peut, ce faisant, nier les droits qui découlent de ces autorisations et qui sont garantis par la *Charte canadienne*. Les dispositions ajoutées à la *CLF* par la Loi 104 et qui s'appliquent au cas de M. Bindra ne respectent pas le principe de la préservation de l'unité des groupes familiaux que reconnaît le par. 23(2) de la *Charte canadienne*. En effet, elles sont de nature à empêcher totalement le regroupement des enfants d'une famille dans un même système scolaire.

F. Les réparations

[46] Je dois donc conclure que la limitation des droits constitutionnels des intimés n'a pas été justifiée conformément à l'article premier de la *Charte canadienne*. Par conséquent, je confirmerais la déclaration d'invalidité des al. 2 et 3 de l'art. 73 *CLF* prononcée par la Cour d'appel du Québec. En raison des difficultés que peut entraîner cette déclaration d'invalidité, je suspendrais ses effets pour une période d'un an afin de permettre à l'Assemblée nationale du Québec de réexaminer la loi. Toutefois, il faut également considérer la situation des demandeurs concernés dans les deux pourvois.

[47] Dans le cas des demandeurs visés par le pourvoi *Nguyen*, malgré la suspension de la déclaration d'invalidité, à l'instar de la Cour d'appel du Québec, je renverrais leurs dossiers au ministère de l'Éducation et, s'il y a lieu, au TAQ pour qu'ils soient étudiés à la lumière des critères établis dans l'arrêt *Solski* et dans le présent arrêt. En effet, la preuve actuellement aux dossiers ne permet pas à notre Cour de déterminer si les enfants concernés sont admissibles ou non à l'enseignement en langue anglaise au Québec. Je rejetterais donc le pourvoi

Bindra case, the evidence is clear. Satbir Bindra is entitled to be declared eligible immediately, and he must be granted a certificate to that effect forthwith. This Court must therefore uphold the order of the Quebec Court of Appeal that the file be returned to the person designated by the Minister of Education to immediately issue a certificate of eligibility for instruction in English for Satbir Bindra. However, I would dismiss the cross-appeal in this case, since, contrary to Mr. Bindra's submission, the Court of Appeal held clearly that the third paragraph of s. 73 *CFL* is unconstitutional and since returning the file to the designated person is determinative of Mr. Bindra's claim.

G. Costs

[48] The issue of costs, which, although incidental, is an important one for the respondents, remains to be resolved. The respondents ask to be granted special fees of \$100,000, payable by the appellants, under s. 15 of the *Tariff of judicial fees of advocates*, R.R.Q. 1981, c. B-1, r. 13. This provision reads as follows:

The Court may, upon request or *ex officio*, grant a special fee, in addition to all other fees, in an important case.

Quebec courts have ruled frequently on the application of this provision. In *Banque canadienne impériale de commerce v. Aztec Iron Corp.*, [1978] R.P. 385, the Superior Court exhaustively analysed the rules governing requests for special fees, as well as the 23 objective factors and criteria for assessing the importance of a case for the purposes of s. 15 of the *Tariff*. That decision has been quoted and consistently followed (D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (4th ed. 2003), vol. 1, at pp. 725-30). In *JTI MacDonald Corp. v. Canada (Procureur général)*, 2009 QCCA 110, [2009] R.J.Q. 261, a recent decision of the Quebec Court of Appeal, Forget J.A. once again confirmed the validity of the criteria applied by the Quebec courts to decide whether a special fee should be

incident, sans frais. Dans le pourvoi *Bindra*, la preuve est claire. Satbir Bindra a droit d'être déclaré admissible immédiatement et un certificat à cet effet doit lui être accordé sans délai. Notre Cour doit en conséquence confirmer la conclusion de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec ordonnant le renvoi du dossier à la personne désignée par le ministre de l'Éducation pour qu'elle délivre immédiatement à Satbir Bindra un certificat d'admissibilité à l'enseignement en anglais. Par ailleurs, je rejetterais l'appel incident dans cette affaire, puisque, contrairement à ce que prétend M. Bindra, la Cour d'appel s'est prononcée clairement sur l'invalidité constitutionnelle du troisième alinéa de l'art. 73 *CLF* et que le renvoi du dossier à la personne désignée règle le sort de la demande de M. Bindra.

G. Les dépens

[48] Il reste maintenant à examiner une question accessoire, mais néanmoins importante pour les intimés, celle des dépens. Les intimés demandent que des honoraires spéciaux de 100 000 \$, payables par les appelants, leur soient accordés en vertu de l'art. 15 du *Tarif des honoraires judiciaires des avocats*, R.R.Q. 1981, ch. B-1, r. 13. Cette disposition est rédigée ainsi :

La Cour peut, sur demande ou d'office, accorder un honoraire spécial, en plus de tous autres honoraires, dans une cause importante.

Les tribunaux du Québec se sont prononcés fréquemment sur l'application de cette disposition. Dans l'affaire *Banque canadienne impériale de commerce c. Aztec Iron Corp.*, [1978] R.P. 385, la Cour supérieure a analysé de manière exhaustive les règles régissant les demandes d'honoraires spéciaux, de même que les 23 facteurs objectifs et critères d'appréciation de l'importance d'une cause pour l'application de l'art. 15 du *Tarif*. De plus, cette décision a été reprise et suivie constamment (D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (4^e éd. 2003), vol. 1, p. 725-730). Dans une décision récente de la Cour d'appel du Québec, *JTI MacDonald Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 QCCA 110, [2009] R.J.Q. 261, le juge Forget confirmait de nouveau la validité des critères

granted and the discretion the courts have in this respect.

[49] It is true that this is the first time the Court has been asked to rule on the constitutionality and interpretation of paras. 2 and 3 of s. 73 *CFL*, and that the case has given rise to intense and no doubt difficult, legal proceedings. However, the record before this Court contains little explanation as to the amount of the requested fee or as to why it should be granted. I accordingly do not believe that this fee should be granted.

VI. Disposition

[50] The appeals are dismissed with costs. The cross-appeals are dismissed without costs. I will not grant the special fee requested by the respondents. I would answer the constitutional questions as follows:

In the *Nguyen* case:

- (1) Does the second paragraph of s. 73 of the *Charter of the French language*, R.S.Q., c. C-11, infringe s. 23(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

- (2) If so, 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 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

In the *Bindra* case:

- (1) Does the third paragraph of s. 73 of the *Charter of the French language*, R.S.Q., c. C-11, infringe s. 23(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

- (2) If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified

appliqués par la jurisprudence québécoise pour décider si un honoraire spécial doit être accordé et le pouvoir discrétionnaire reconnu aux tribunaux en ces matières.

[49] Il est vrai qu'il s'agit de la première occasion où la Cour est appelée à se prononcer sur la validité constitutionnelle et l'interprétation des al. 2 et 3 de l'art. 73 *CLF*, et que l'affaire a provoqué des débats judiciaires intenses et, sans doute, difficiles. Cependant, le dossier qui nous a été soumis comporte peu d'explications sur le montant de l'honoraire demandé, non plus que sur les justifications particulières de celui-ci. En conséquence, je ne crois pas qu'il faille accorder l'honoraire demandé.

VI. Dispositif

[50] Les appels principaux sont rejetés avec dépens. Les appels incidents sont rejetés sans frais. Je n'accorde pas l'honoraire spécial demandé par les intimés. Je répondrais comme suit aux questions constitutionnelles posées :

Dans le dossier *Nguyen* :

- (1) Le deuxième alinéa de l'article 73 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11, contrevient-il au paragraphe 23(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

- (2) Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

Dans le dossier *Bindra* :

- (1) Le troisième alinéa de l'article 73 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11, contrevient-il au paragraphe 23(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

- (2) Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle

in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

[51] I would suspend the effect of the declaration that paras. 2 and 3 of s. 73 *CFL* are invalid for one year from the date of this judgment, but, despite this suspension, I would return the files of the claimants in the *Nguyen* case to the Ministère de l'Éducation du Québec and, if appropriate, to the Administrative Tribunal of Québec to be reviewed in light of the principles established in *Solski* and in this judgment. In the *Bindra* case, I would order that the file be returned to the person designated by the Quebec Minister of Education to immediately issue a certificate of eligibility for instruction in English for Satbir Bindra.

APPENDIX

(1) *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

Minority Language Educational Rights

23. (1) Citizens of Canada

(a) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or

(b) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province,

have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.

(2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.

de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

[51] Je suspendrais l'effet de la déclaration d'invalidité des al. 2 et 3 de l'art. 73 *CLF* pour un an, à compter de la date du présent jugement, mais, en dépit de cette suspension, je renverrais les dossiers des demandeurs visés par le pourvoi *Nguyen* au ministère de l'Éducation du Québec et, s'il y a lieu, au Tribunal administratif du Québec, pour qu'ils soient examinés à la lumière des principes établis dans l'arrêt *Solski* et dans le présent arrêt. Dans le pourvoi *Bindra*, j'ordonnerais le renvoi du dossier à la personne désignée par le ministre de l'Éducation du Québec, pour qu'elle délivre immédiatement à Satbir Bindra un certificat d'admissibilité à l'enseignement en anglais.

ANNEXE

(1) *Charte canadienne des droits et libertés*

Droits à l'instruction dans la langue de la minorité

23. (1) Les citoyens canadiens :

a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,

b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

(3) The right of citizens of Canada under subsections (1) and (2) to have their children receive primary and secondary school instruction in the language of the English or French linguistic minority population of a province

(a) applies wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction; and

(b) includes, where the number of those children so warrants, the right to have them receive that instruction in minority language educational facilities provided out of public funds.

(2) *Charter of the French language*, R.S.Q., c. C-11

72. Instruction in the kindergarten classes and in the elementary and secondary schools shall be in French, except where this chapter allows otherwise.

73. The following children, at the request of one of their parents, may receive instruction in English:

(1) a child whose father or mother is a Canadian citizen and received elementary instruction in English in Canada, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary instruction he or she received in Canada;

(2) a child whose father or mother is a Canadian citizen and who has received or is receiving elementary or secondary instruction in English in Canada, and the brothers and sisters of that child, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary or secondary instruction received by the child in Canada;

(3) a child whose father and mother are not Canadian citizens, but whose father or mother received elementary instruction in English in Québec, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary instruction he or she received in Québec;

(4) a child who, in his last year in school in Québec before 26 August 1977, was receiving instruction in English in a public kindergarten class or in an elementary or secondary school, and the brothers and sisters of that child;

(5) a child whose father or mother was residing in Québec on 26 August 1977 and had received elementary instruction in English outside Québec, provided

(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province :

a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;

b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.

(2) *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11

72. L'enseignement se donne en français dans les classes maternelles, dans les écoles primaires et secondaires sous réserve des exceptions prévues au présent chapitre.

73. Peuvent recevoir l'enseignement en anglais, à la demande de l'un de leurs parents :

1^o les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et a reçu un enseignement primaire en anglais au Canada, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Canada;

2^o les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et qui ont reçu ou reçoivent un enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada, de même que leurs frères et sœurs, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire ou secondaire reçu au Canada;

3^o les enfants dont le père et la mère ne sont pas citoyens canadiens mais dont l'un d'eux a reçu un enseignement primaire en anglais au Québec, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Québec;

4^o les enfants qui, lors de leur dernière année de scolarité au Québec avant le 26 août 1977, recevaient l'enseignement en anglais dans une classe maternelle publique ou à l'école primaire ou secondaire, de même que leurs frères et sœurs;

5^o les enfants dont le père ou la mère résidait au Québec le 26 août 1977, et avait reçu un enseignement primaire en anglais hors du Québec, pourvu que cet

that that instruction constitutes the major part of the elementary instruction he or she received outside Québec.

However, instruction in English received in Québec in a private educational institution not accredited for the purposes of subsidies by the child for whom the request is made, or by a brother or sister of the child, shall be disregarded. The same applies to instruction in English received in Québec in such an institution after 1 October 2002 by the father or mother of the child.

Instruction in English received pursuant to a special authorization under section 81, 85 or 85.1 shall also be disregarded.

81. Children having serious learning disabilities may, at the request of one of their parents, receive instruction in English if required to facilitate the learning process. The brothers and sisters of children thus exempted from the application of the first paragraph of section 72 may also be exempted.

The Government, by regulation, may define the classes of children envisaged in the preceding paragraph and determine the procedure to be followed in view of obtaining such an exemption.

85. Children staying in Québec temporarily may, at the request of one of their parents, be exempted from the application of the first paragraph of section 72 and receive instruction in English in the cases or circumstances and on the conditions determined by regulation of the Government. The regulation shall also prescribe the period for which such an exemption may be granted and the procedure to be followed in order to obtain or renew it.

85.1. Where warranted by a serious family or humanitarian situation, the Minister of Education, Recreation and Sports may, upon a reasoned request and on the recommendation of the examining committee, declare eligible for instruction in English a child who has been declared non-eligible by a person designated by the Minister.

The request must be filed within 30 days of notification of the unfavourable decision.

The request shall be submitted to an examining committee composed of three members designated by the Minister. The committee shall report its observations and recommendation to the Minister.

The Minister shall specify, in the report referred to in section 4 of the Act respecting the Ministère de

enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu hors du Québec.

Il n'est toutefois pas tenu compte de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un établissement d'enseignement privé non agréé aux fins de subventions par l'enfant pour qui la demande est faite ou par l'un de ses frères et sœurs. Il en est de même de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un tel établissement, après le 1^{er} octobre 2002, par le père ou la mère de l'enfant.

Il n'est pas tenu compte non plus de l'enseignement en anglais reçu en application d'une autorisation particulière accordée en vertu des articles 81, 85 ou 85.1.

81. Les enfants qui présentent des difficultés graves d'apprentissage peuvent, à la demande de l'un de leurs parents, recevoir l'enseignement en anglais lorsqu'une telle mesure est requise pour favoriser leur apprentissage. Les frères et sœurs d'un enfant ainsi exempté de l'application du premier alinéa de l'article 72 peuvent aussi en être exemptés.

Le gouvernement peut, par règlement, définir les catégories d'enfants visés à l'alinéa précédent et déterminer la procédure à suivre en vue de l'obtention d'une telle exemption.

85. Les enfants qui séjournent au Québec de façon temporaire peuvent, à la demande de l'un de leurs parents, être exemptés de l'application du premier alinéa de l'article 72 et recevoir l'enseignement en anglais dans les cas ou les circonstances et selon les conditions que le gouvernement détermine par règlement. Ce règlement prévoit également la période pendant laquelle l'exemption peut être accordée, de même que la procédure à suivre en vue de l'obtention ou du renouvellement d'une telle exemption.

85.1. Lorsqu'une situation grave d'ordre familial ou humanitaire le justifie, le ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport peut, sur demande motivée et sur recommandation du comité d'examen, déclarer admissible à l'enseignement en anglais un enfant dont l'admissibilité a été refusée par une personne désignée par le ministre.

La demande doit être produite dans les 30 jours de la notification de la décision défavorable.

Elle est soumise à l'examen d'un comité formé de trois membres désignés par le ministre. Le comité fait rapport au ministre de ses constatations et de sa recommandation.

Le ministre indique, dans le rapport prévu à l'article 4 de la Loi sur le ministère de l'Éducation, du Loisir

l'Éducation, du Loisir et du Sport (chapter M-15), the number of children declared eligible for instruction in English under this section and the grounds on which they were declared eligible.

Appeals dismissed with costs. Cross-appeals dismissed.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeals: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitor for the respondents/appellants on cross-appeals: Brent D. Tyler, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitors for the intervener the Administrative Tribunal of Québec: Morel, Lemieux, Montréal.

Solicitors for the interveners the Quebec Association of Independent Schools and the Quebec Provincial Association of Teachers: Heenan Blaikie, Ottawa.

Solicitors for the intervener Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest: Balfour Moss, Regina.

Solicitors for the intervener the Quebec English School Boards Association: Bergman & Associés, Montréal.

Solicitors for the intervener Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques: Heenan Blaikie, Toronto.

Solicitor for the intervener the Commissioner of Official Languages for Canada: Office of the Commissioner of Official Languages, Ottawa.

et du Sport (chapitre M-15), le nombre d'enfants déclarés admissibles à recevoir l'enseignement en anglais en vertu du présent article et les motifs qu'il a retenus pour les déclarer admissibles.

Pourvois rejetés avec dépens. Pourvois incidents rejetés.

Procureurs des appelants/intimés aux pourvois incidents : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureur des intimés/appellants aux pourvois incidents : Brent D. Tyler, Montréal.

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

Procureurs de l'intervenant le Tribunal administratif du Québec : Morel, Lemieux, Montréal.

Procureurs des intervenantes l'Association des écoles privées du Québec et l'Association provinciale des enseignantes et des enseignants du Québec : Heenan Blaikie, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest : Balfour Moss, Regina.

Procureurs de l'intervenante l'Association des commissions scolaires anglophones du Québec : Bergman & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association franco-ontarienne des conseils scolaires catholiques : Heenan Blaikie, Toronto.

Procureur de l'intervenant le commissaire aux langues officielles du Canada : Commissariat aux langues officielles, Ottawa.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2009 Vol. 3

2^e cahier, 2009 Vol. 3

Cited as [2009] 3 S.C.R. 247-549

Renvoi [2009] 3 R.C.S. 247-549

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 / Registrare de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registrare adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiŕiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

CLAIRE ZOË BIDER-HALL	Legal Counsel / Conseillers juridiques KAREN LEVASSEUR	IDA SMITH
JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	JACQUELINE STENCEL
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	LESLI TAKAHASHI
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	RENÉE MARIA TREMBLAY
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	TIMOTHY WILSON

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

STEPHEN BALOGH	Jurilinguists / Jurilinguistes MARIE-LUC SIMONEAU	ROSALIE TO-THANH-HIEN
MARIE RODRIGUE		CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques NANCY MCCAUGHAN	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE DELORME	PAULINE MCTAVISH	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

**Consolidated Fastfrate Inc. v.
Western Canada Council of Teamsters 407**

Constitutional law — Division of powers — Labour relations — Transportation undertaking — Freight forwarding company providing consolidation and deconsolidation and pickup and delivery services to its customers across Canada — Company having integrated national corporate structure with branch offices throughout Canada and contracts with third-party interprovincial carriers — Whether labour relations of branch employees subject to provincial or federal jurisdiction — Whether company qualifies as interprovincial undertaking even though it does not itself perform interprovincial carriage of goods — Constitution Act, 1867, s. 92(10)(a).

Desbiens v. Wal-Mart Canada Corp. 540

Labour relations — Dismissal — Business closure — Evidence — Union certified to represent employees — Negotiations to conclude first collective agreement with employer unsuccessful — Employer announcing closure of business — Complaint by employees that loss of employment was due to union activities — Employer claiming “good and sufficient reason” within meaning of s. 17 of Quebec Labour Code to justify dismissals — Whether employer discharged its onus of proving real and definitive business closure — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 15 to 17.

Galambos v. Perez 247

Torts — Negligence — Fiduciary duty — Bookkeeper making unsolicited and voluntary cash advances to employer law firm which was experiencing financial difficulties — Law firm acting on bookkeeper’s behalf in preparing two wills and in handling two mortgage transactions while she was working for it — Law firm going bankrupt and bookkeeper finding herself unsecured creditor — Whether duty of care under negligence principles or per se fiduciary obligations arose within solicitor-client relationship — Whether ad hoc fiduciary duties arose from power dependency relationship existing between bookkeeper and lawyer — Whether in such relationships, fiduciary duties may arise simply on basis of reasonable expectations of weaker party and without any mutual understanding of both parties that one must act in interests of the other — Whether fiduciary duties may arise although fiduciary has no discretionary power to affect other party’s legal or important practical interests.

Miazga v. Kvello Estate 339

Torts — Malicious prosecution — Crown prosecutors — Malice requirement — Absence of reasonable and probable

Continued on next page

SOMMAIRE

**Consolidated Fastfrate Inc. c.
Western Canada Council of Teamsters 407**

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Relations de travail — Entreprise de transport — Société d’expédition de marchandises offrant à ses clients partout au Canada des services de regroupement, de dégroupement, de ramassage et de livraison — Société ayant une structure organisationnelle nationale intégrée, des succursales partout au Canada et des contrats avec des tiers transporteurs interprovinciaux — Les relations de travail des employés d’une succursale relèvent-elles de la compétence provinciale ou de la compétence fédérale? — La société est-elle qualifiée d’entreprise interprovinciale même si elle ne transporte pas elle-même les marchandises d’une province à l’autre? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(10)a.

Desbiens c. Compagnie Wal-Mart du Canada 540

Relations du travail — Congédiement — Fermeture d’entreprise — Preuve — Syndicat accrédité pour représenter les salariés — Échec des négociations en vue de conclure la première convention collective avec l’employeur — Fermeture de l’entreprise annoncée par l’employeur — Plainte de salariées portant qu’elles ont perdu leur emploi en raison de leurs activités syndicales — Employeur faisant valoir une « autre cause juste et suffisante » de congédiement au sens de l’art. 17 du Code du travail du Québec — L’employeur s’est-il acquitté de la charge qui lui incombait de prouver que la fermeture de l’entreprise était réelle et définitive? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 15 à 17.

Galambos c. Perez 247

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation fiduciaire — Fonds avancés volontairement et sans sollicitation par une aide-comptable à son employeur, un cabinet d’avocats à la situation financière précaire — Deux testaments et deux hypothèques préparés par le cabinet d’avocats pour l’employée — Aide-comptable créancière non garantie après la faillite du cabinet d’avocats — Découlait-il de la relation avocat-client une obligation de diligence en vertu des principes applicables en matière de négligence ou des obligations fiduciaires en soi? — Découlait-il des obligations fiduciaires ad hoc du rapport de force et de dépendance qui existait entre l’aide-comptable et l’avocat? — Dans le cadre de rapports de ce type, des obligations fiduciaires peuvent-elles découler simplement des attentes raisonnables de la partie la plus vulnérable sans qu’il soit nécessaire que les parties aient mutuellement convenu que l’une doit agir dans l’intérêt de l’autre? — Peut-il exister des obligations fiduciaires même si le fiduciaire n’est pas investi du pouvoir discrétionnaire d’influer sur les intérêts juridiques de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

cause to initiate prosecution — Provincial Crown attorney found liable for malicious prosecution — Whether prosecutor's lack of subjective belief in existence of reasonable and probable cause to initiate prosecution sufficient to ground finding of malice — Whether malice element requires proof of improper purpose.

Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General) 309

Commercial law — Trade agreements — Agreement on Internal Trade — Scope — Non-Canadian supplier — Government procurement — Whether non-Canadian suppliers have standing to initiate procurement complaints before Canadian International Trade Tribunal under Agreement on Internal Trade — Meaning of expression "procurement within Canada" in Article 502 of Agreement.

Administrative law — Boards and tribunals — Canadian International Trade Tribunal — Jurisdiction — Agreement on Internal Trade — Government procurement — Non-Canadian supplier bringing complaint before Canadian International Trade Tribunal with respect to award of procurement concerning military goods — Whether Tribunal has jurisdiction to hear complaint initiated by non-Canadian supplier under Agreement on Internal Trade — Agreement on Internal Trade, Article 502.

Plourde v. Wal-Mart Canada Corp. 465

Labour relations — Dismissal — Business closure — Remedies — Union certified to represent employees — Negotiations to conclude first collective agreement with employer unsuccessful — Employer announcing closure of business — Complaint by employee that loss of employment was due to union activities — Whether employees of closed business can bring their claim under ss. 15 to 17 of Quebec Labour Code and benefit from statutory presumption in s. 17 that they were dismissed because they exercised their collective bargaining rights — Whether definitive business closure still "good and sufficient reason" within meaning of s. 17 to justify dismissal — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 15 to 17.

Quebec (Revenue) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny 286

Bankruptcy and insolvency — Crown claims — Goods and services tax — Provincial sales tax — Tax amounts that have been collected but not remitted, or are collectible, at time of bankruptcy of supplier — Legal characterization of Crown's rights in amounts of such taxes — Whether federal or provincial Crown is ordinary creditor or owner of tax amounts — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222(1), (1.1) — Act respecting the Ministère du Revenu, R.S.Q., c. M-31, s. 20 — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 67(2).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'autre partie ou sur des questions ayant des conséquences pratiques importantes pour celle-ci?

Miazga c. Kvello (Succession) 339

Responsabilité délictuelle — Poursuites abusives — Procureurs de la Couronne — Exigence de malveillance — Inexistence de motifs raisonnables et probables d'engager une poursuite — Procureur de la Couronne d'une province tenu responsable de poursuites abusives — L'absence de croyance subjective du procureur à l'existence de motifs raisonnables et probables d'engager une poursuite suffit-elle à établir la malveillance? — L'intention malveillante exige-t-elle la preuve d'un but illégitime?

Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général) 309

Droit commercial — Accords commerciaux — Accord sur le commerce intérieur — Portée — Fournisseur non canadien — Marchés publics — Les fournisseurs non canadiens ont-ils qualité pour présenter devant le Tribunal canadien du commerce extérieur des plaintes fondées sur l'Accord sur le commerce intérieur? — Sens de l'expression « marchés publics [. . .] passés au Canada » à l'art. 502 de l'Accord.

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Tribunal canadien du commerce extérieur — Compétence — Accord sur le commerce intérieur — Marchés publics — Fournisseur non canadien déposant devant le Tribunal canadien du commerce extérieur une plainte dénonçant l'octroi d'un marché public concernant des produits militaires — Le Tribunal a-t-il compétence pour entendre une plainte présentée par un fournisseur non canadien en vertu de l'Accord sur le commerce intérieur? — Accord sur le commerce intérieur, art. 502.

Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada 465

Relations du travail — Congédiement — Fermeture d'entreprise — Recours — Syndicat accrédité pour représenter les salariés — Échec des négociations en vue de conclure la première convention collective avec l'employeur — Fermeture de l'entreprise annoncée par l'employeur — Plainte d'un salarié portant qu'il a perdu son emploi en raison de ses activités syndicales — Les salariés d'une entreprise fermée par l'employeur peuvent-ils fonder leur plainte sur les art. 15 à 17 du Code du travail du Québec et bénéficier de la présomption de l'art. 17 selon laquelle ils ont été congédiés pour avoir exercé leur droit de négocier collectivement? — La fermeture définitive de l'entreprise constitue-t-elle toujours une « cause juste et suffisante » de congédiement au sens de l'art. 17? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 15 à 17.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Basi 389

Criminal law — Evidence — Informer privilege — Objection to disclosure of information — Whether trial judge erred in permitting defence counsel to attend in camera hearing sought by Crown to establish claim of informer privilege — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 37.

Criminal law — Appeals — Disclosure order — Crown claim of informer privilege — Trial judge ruling that defence counsel could attend in camera hearing sought by Crown to establish claim of informer privilege subject to undertakings and court order — Whether Court of Appeal lacked jurisdiction to hear Crown's appeal — Whether trial judge's decision constituted "disclosure order" subject to immediate appeal — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 37.1.

SOMMAIRE (Fin)

Québec (Revenu) c. Caisse populaire

Desjardins de Montmagny 286

Faillite et insolvabilité — Réclamations de la Couronne — Taxe sur les produits et services — Taxe de vente provinciale — Montants des taxes perçus, mais non remis, ou percevables au moment de la faillite d'un fournisseur — Qualification juridique des droits de l'État à l'égard des montants de ces taxes — La Couronne fédérale ou provinciale est-elle une créancière ordinaire ou la propriétaire du montant des taxes? — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 222(1), (1.1) — Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., ch. M-31, art. 20 — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 67(2).

R. c. Basi 389

Droit criminel — Preuve — Privilège de l'indicateur — Objection à la divulgation de renseignements — La juge du procès a-t-elle permis à tort aux avocats de la défense d'être présents à l'audience à huis-clos demandée par le ministère public en vue d'établir la revendication du privilège de l'indicateur? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 37.

Droit criminel — Appels — Ordonnance de divulgation — Revendication du privilège de l'indicateur par le ministère public — Décision de la juge du procès permettant aux avocats de la défense, sous réserve d'engagements et de l'ordonnance du tribunal, d'être présents à l'audience à huis-clos demandée par le ministère public en vue d'établir la revendication du privilège de l'indicateur — La Cour d'appel avait-elle compétence pour entendre l'appel du ministère public? — La décision de la juge du procès constituait-elle une « ordonnance de divulgation » susceptible d'appel immédiat? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 37.1.

Michael Z. Galambos and Michael Z. Galambos Law Corporation, both carrying on business as “Galambos & Company” and the said Galambos & Company *Appellants*

v.

Estela Perez *Respondent*

INDEXED AS: GALAMBOS v. PEREZ

Neutral citation: 2009 SCC 48.

File No.: 32586.

2009: April 15; 2009: October 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Fiduciary duty — Bookkeeper making unsolicited and voluntary cash advances to employer law firm which was experiencing financial difficulties — Law firm acting on bookkeeper's behalf in preparing two wills and in handling two mortgage transactions while she was working for it — Law firm going bankrupt and bookkeeper finding herself unsecured creditor — Whether duty of care under negligence principles or per se fiduciary obligations arose within solicitor-client relationship — Whether ad hoc fiduciary duties arose from power dependency relationship existing between bookkeeper and lawyer — Whether in such relationships, fiduciary duties may arise simply on basis of reasonable expectations of weaker party and without any mutual understanding of both parties that one must act in interests of the other — Whether fiduciary duties may arise although fiduciary has no discretionary power to affect other party's legal or important practical interests.

P made voluntary sizeable advances of cash — some \$200,000 in total — to her employer, a law firm founded by G, often without informing G beforehand. Although P was hired as the firm's part-time bookkeeper she effectively became the office manager, overseeing the firm's income, expenses and accounting and

Michael Z. Galambos et Michael Z. Galambos Law Corporation, faisant tous deux affaire sous le nom de « Galambos & Company » et ladite Galambos & Company *Appelants*

c.

Estela Perez *Intimée*

RÉPERTORIÉ : GALAMBOS c. PEREZ

Référence neutre : 2009 CSC 48.

N° du greffe : 32586.

2009 : 15 avril; 2009 : 23 octobre.

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

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation fiduciaire — Fonds avancés volontairement et sans sollicitation par une aide-comptable à son employeur, un cabinet d'avocats à la situation financière précaire — Deux testaments et deux hypothèques préparés par le cabinet d'avocats pour l'employée — Aide-comptable créancière non garantie après la faillite du cabinet d'avocats — Découlait-il de la relation avocat-client une obligation de diligence en vertu des principes applicables en matière de négligence ou des obligations fiduciaires en soi? — Découlait-il des obligations fiduciaires ad hoc du rapport de force et de dépendance qui existait entre l'aide-comptable et l'avocat? — Dans le cadre de rapports de ce type, des obligations fiduciaires peuvent-elles découler simplement des attentes raisonnables de la partie la plus vulnérable sans qu'il soit nécessaire que les parties aient mutuellement convenu que l'une doit agir dans l'intérêt de l'autre? — Peut-il exister des obligations fiduciaires même si le fiduciaire n'est pas investi du pouvoir discrétionnaire d'influer sur les intérêts juridiques de l'autre partie ou sur des questions ayant des conséquences pratiques importantes pour celle-ci?

P a fait de substantielles avances de fonds — de quelque 200 000 \$ en tout — à son employeur, le cabinet d'avocats fondé par G, et ce, souvent sans en informer préalablement ce dernier. P avait été engagée pour travailler à temps partiel comme aide-comptable du cabinet, mais elle est devenue, en fait, chef de bureau,

had unlimited signing authority on the firm's non-trust bank accounts. Initially, to resolve a cash flow problem, P obtained a personal loan and deposited \$40,000 into the firm's bank account. G did not ask her to advance this money and he did not even know about the advance until several days later. G instructed P to reimburse herself with interest, an instruction she did not follow other than by repaying herself \$15,000. As the firm's financial situation deteriorated, P made several more deposits of her own funds into the firm's account and covered some firm expenses with her personal credit card. The firm, during the time she worked for it, handled the preparation and execution of new wills for P and her husband as well as two mortgage transactions. The firm did not expect to be and was not paid for these services. When the firm was placed in receivership and G went bankrupt, P found herself an unsecured creditor. She recovered nothing. P then sued G and the defunct firm for negligence, breach of contract and breach of fiduciary duty.

The trial judge dismissed P's claims, finding that her rights were those of a creditor and nothing more. The Court of Appeal set aside that decision and granted P judgment for \$200,000. The court concluded that P was entitled to equity's protection because there were *ad hoc* fiduciary duties owed to her by G and his law firm in relation to the cash advances, which they had breached. It held that: there was a power-dependency relationship between P and G; it is not necessary that there be any mutual understanding that G had relinquished his self-interest in favour of P's for the duty to arise; P was vulnerable; and, the evidence overwhelmingly supported the conclusion that G took advantage of her trust.

Held: The appeal should be allowed and the trial judgment should be restored except that, if the parties cannot agree, the question as to whether P is entitled to a judgment in debt against the law firm and, if so, whether there is any impact on the costs ordered at trial or on appeal to the Court of Appeal flowing from that judgment, should be remanded to the Court of Appeal.

The Court of Appeal exceeded the limits of appellate review and unduly extended the scope of fiduciary obligations. Absent an error of law or a palpable and

supervisant les recettes, les dépenses et la comptabilité du cabinet et disposant d'un pouvoir de signature illimité à l'égard des comptes bancaires, exception faite des comptes en fiducie. Au départ, pour résoudre les problèmes de liquidités, P a contracté un emprunt personnel et déposé 40 000 \$ au compte du cabinet. Cette avance ne faisait pas suite à une demande de G, lequel en avait même ignoré l'existence pendant plusieurs jours. G a donné instruction à P de se rembourser avec intérêts, instruction à laquelle elle ne s'est conformée qu'en partie, en se remboursant 15 000 \$. Alors que la situation financière du cabinet se dégradait, P a encore approvisionné plusieurs fois le compte du cabinet à même ses propres fonds et a fait porter des dépenses du bureau à sa carte de crédit personnelle. Pendant la période durant laquelle P a travaillé pour le cabinet, celui-ci s'est chargé de la préparation et de la signature de son testament et de celui de son mari, d'une part, et de deux hypothèques, d'autre part. Le cabinet ne s'attendait pas à recevoir d'honoraires pour ces services et il n'en a pas touché. Lorsque le cabinet d'avocats a été mis sous séquestre et que G a fait faillite, P s'est retrouvée créancière non garantie et elle n'a rien pu recouvrer. Elle a alors poursuivi G et le défunt cabinet pour négligence, rupture de contrat et manquement à une obligation fiduciaire.

Le juge de première instance a débouté P, estimant qu'elle n'avait d'autres droits que ceux d'un créancier non garanti. La Cour d'appel a infirmé cette décision et rendu jugement en faveur de P pour la somme de 200 000 \$, concluant qu'elle pouvait prétendre à une protection en equity en raison des obligations fiduciaires *ad hoc* que G et son cabinet assumaient à son endroit relativement aux avances de fonds et qu'ils n'avaient pas honorées. La Cour d'appel a jugé que la relation existant entre P et G comportait un rapport de force et de dépendance et qu'il n'était pas nécessaire à la formation de l'obligation que les parties aient convenu que G renoncerait à son propre intérêt en faveur de celui de P. P était vulnérable et la preuve étayait irrésistiblement la conclusion que G avait abusé de sa confiance.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Le jugement de première instance est rétabli, sauf que, si les parties ne sont pas en mesure de s'entendre, la question de savoir si P a droit à un jugement pour remboursement de dette contre le cabinet d'avocats et, dans l'affirmative, celle de savoir si ce jugement devrait avoir des répercussions sur l'octroi des dépens devant les tribunaux d'instance inférieure sont renvoyées à la Cour d'appel.

La Cour d'appel a outrepassé les limites de l'examen en appel et a indûment étendu la portée des obligations fiduciaires. En l'absence d'une erreur de droit ou

overriding error of fact, of which there is none, the trial judge's findings of fact and conclusion that a fiduciary duty did not exist must be upheld on appeal. In this case, the Court of Appeal retried the case on the basis of the written record and substituted its view of the facts and their significance for that of the trial judge. [3] [49] [53]

In holding that the relationship between P and G and his firm gave rise to an *ad hoc* fiduciary duty, the Court of Appeal erred in three respects. First, the conclusion that G was in a position of power and influence relative to P is directly at odds with the clear findings of fact at trial. The trial judge found that P was not vulnerable in terms of her relationship with G, that she probably had more knowledge of the state of G's financial affairs than he did, that she had not relinquished her decision-making power with respect to the loans and that G had no discretion over her interests that he was able to exercise unilaterally or otherwise. The trial judge specifically rejected P's contention that due to the power dynamics of their relationship she was simply unable to refuse requests for loans. There was no evidence accepted by the trial judge of any express requests for loans, which makes it illogical to conclude that P was unable to refuse requests when there were in fact none. [48] [51-55] [57]

Second, not all power-dependency relationships are fiduciary in nature, and identifying a power-dependency relationship does not, on its own, materially assist in deciding whether the relationship is fiduciary or not. It follows that there are not, and should not be, special rules for recognition of fiduciary duties in the case of power-dependency relationships. Here, the Court of Appeal erred when it held that, in the case of a power-dependency relationship, a fiduciary duty may arise even in the absence of a mutual understanding that one party would act only in the interests of the other provided there is proof of an expectation on the part of the plaintiff, which is reasonable in all of the circumstances, that the defendant would act in his or her best interests. The Court of Appeal found P to have such a reasonable expectation. While a mutual understanding may not always be necessary — a point that need not be decided here — it is fundamental to all *ad hoc* fiduciary duties that there be an undertaking by the fiduciary, which may be either express or implied, that the fiduciary will act in the best interests of the other party, in accordance with the duty of loyalty reposed

d'une erreur de fait manifeste et dominante, ce qui est le cas en l'espèce, la décision du juge de première instance quant aux faits et quant à l'absence d'obligation fiduciaire doit être maintenue en appel. La Cour d'appel a refait le procès sur la foi du dossier et substitué son appréciation des faits et de leur importance à celle du juge de première instance. [3] [49] [53]

En concluant que la relation entre P, d'une part, et G et son cabinet, d'autre part, avait donné lieu à une obligation fiduciaire *ad hoc*, la Cour d'appel a commis une erreur à trois égards. Premièrement, la conclusion selon laquelle G avait une position de force ou d'influence sur P est parfaitement contraire aux conclusions de fait claires du juge de première instance qui a conclu que P n'était pas en situation de vulnérabilité dans sa relation avec G, qu'elle connaissait probablement la situation financière de G mieux que lui, qu'elle n'avait pas renoncé à son pouvoir décisionnel en ce qui concerne les prêts et que G n'avait pas de pouvoir discrétionnaire susceptible d'être exercé unilatéralement ou autrement en vue d'influer sur ses intérêts. Le juge de première instance a expressément rejeté la prétention de P selon laquelle, en raison du rapport de force entre elle et son employeur, elle était tout simplement incapable de refuser d'accorder les prêts demandés. De fait, rien dans la preuve admise au procès ne permet de conclure qu'on lui aurait expressément demandé de prêter des sommes d'argent, de sorte qu'il serait illogique de conclure que P n'était pas en mesure de refuser de donner suite à des demandes, alors que, en fait, elles n'ont jamais existé. [48] [51-55] [57]

Deuxièmement, un rapport de force et de dépendance n'est pas toujours de nature fiduciaire et la présence d'un rapport de force et de dépendance, à lui seul, ne permettra pas de trancher la question de savoir s'il s'agit d'une relation fiduciaire. Il s'ensuit qu'il n'y a pas — et qu'il ne devrait pas y avoir — de règles particulières pour reconnaître l'existence d'obligations fiduciaires en présence d'un rapport de force et de dépendance. En l'espèce, la Cour d'appel a commis une erreur en statuant que, en présence d'un rapport de force et de dépendance, une obligation fiduciaire peut prendre naissance même en l'absence d'entente mutuelle des parties portant que l'une d'elles agira uniquement dans l'intérêt de l'autre, pourvu qu'il soit prouvé que le plaignant s'attendait à ce que le défendeur agisse au mieux de ses intérêts et que cette attente était raisonnable dans les circonstances. La Cour d'appel a conclu que P avait une telle attente raisonnable. Bien qu'une entente mutuelle puisse ne pas être nécessaire dans tous les cas — une question qu'il n'est pas nécessaire de trancher en l'espèce —, l'existence d'un engagement, exprès ou implicite, du fiduciaire d'agir au mieux des intérêts de

on him or her. The fiduciary's undertaking may be the result of the exercise of statutory powers, the express or implied terms of an agreement or, perhaps, simply an undertaking to act in this way. In cases of *per se* fiduciary relationships, this undertaking will be found in the nature of the category of relationship in issue. The critical point is that in both *per se* and *ad hoc* fiduciary relationships, there will be some undertaking on the part of the fiduciary to act with loyalty. The Court of Appeal's analysis went wrong when it found a fiduciary duty without finding an undertaking, express or implied, on the part of G that he would act in relation to the loans only in P's interests, and based its conclusion that a fiduciary duty existed on P's expectations alone. [63-64] [66] [74-75] [77] [80]

The third error arises by implication because the Court of Appeal appears to have accepted the proposition that a fiduciary duty may arise even though the fiduciary has no discretionary power to affect the other party's legal or important practical interests. The nature of this discretionary power to affect the beneficiary's legal or practical interests may, depending on the circumstances, be quite broadly defined. It may arise from power conferred by statute, agreement, perhaps from a unilateral undertaking or, in particular situations by the beneficiary's entrusting the fiduciary with information or seeking advice in circumstances that confer a source of power. While what is sufficient to constitute power in the hands of the fiduciary may be controversial in some cases, the requirement for the existence of such power in the fiduciary's hands is not. The presence of this sort of power will not necessarily on its own support the existence of an *ad hoc* fiduciary duty; its absence, however, negates the existence of such a duty. The findings of the trial judge that the evidence did not establish that P relinquished her decision-making power with respect to the loans to G, and that G had no discretionary power over P's interests that he was able to exercise unilaterally or otherwise, with which the Court of Appeal did not disagree, are fatal to P's claim that there was an *ad hoc* fiduciary duty on G's part to act solely in her interests in relation to these cash advances. [50] [84-86]

l'autre partie conformément au devoir de loyauté qui lui incombe, est une condition préalable essentielle à l'existence de quelque obligation fiduciaire *ad hoc* que ce soit. L'engagement du fiduciaire peut résulter de l'exercice de pouvoirs conférés par la loi, des conditions — expresses ou implicites — d'une entente, ou, peut-être, simplement de l'engagement d'agir ainsi. Lorsque la relation est en soi fiduciaire, cet engagement sera fonction de la nature de la catégorie à laquelle la relation en question appartient. Le point central demeure qu'il y aura, tant dans les relations fiduciaires en soi que dans les relations fiduciaires *ad hoc*, un engagement du fiduciaire d'agir loyalement. La Cour d'appel a fait fausse route dès lors qu'elle a statué qu'il existait une obligation fiduciaire sans avoir conclu à l'existence d'un engagement, exprès ou implicite, de G d'agir uniquement dans l'intérêt de P en ce qui concerne les prêts et qu'elle s'est appuyée sur les seules attentes de P pour conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire. [63-64] [66] [74-75] [77] [80]

La troisième erreur, implicite, découle de ce que la Cour d'appel semble accepter la proposition selon laquelle une obligation fiduciaire peut exister même si le fiduciaire n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'influer sur les intérêts juridiques de l'autre partie ou sur des questions ayant des conséquences pratiques importantes pour celle-ci. Ce pouvoir discrétionnaire de poser des actes susceptibles d'avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire peut, selon les circonstances, être défini assez largement. Il peut découler du pouvoir accordé par une loi, d'une entente, peut-être d'un engagement unilatéral ou, dans des situations particulières, du bénéficiaire, qui confie au fiduciaire des renseignements ou sollicite son avis dans des circonstances qui lui confèrent un pouvoir. Certes la question de savoir ce qui est suffisant pour attribuer un pouvoir au fiduciaire peut être sujet de controverse dans certaines situations, mais tel n'est pas le cas quant à la nécessité que le fiduciaire soit investi d'un tel pouvoir. Son existence ne suffira peut-être pas, à elle seule, à justifier l'existence d'une obligation fiduciaire *ad hoc*; son absence, en revanche, fera obstacle à l'existence d'une telle obligation. Les conclusions du juge de première instance selon lesquelles il n'avait pas été établi que P avait renoncé à son pouvoir décisionnel en ce qui concerne les prêts consentis à G et que G n'avait pas de pouvoir discrétionnaire lui permettant, de façon unilatérale ou autrement, d'influer sur les intérêts de P, conclusions que la Cour d'appel n'a pas rejetées, portent un coup fatal à la thèse de cette dernière voulant qu'une obligation fiduciaire *ad hoc* ait incombé à G d'agir uniquement dans ses intérêts à elle en ce qui concerne les avances de fonds en question. [50] [84-86]

Moreover, given the limited nature of the retainers and the unusual nature of the advances, the trial judge did not err in finding that G and the law firm did not breach their duty of care arising from the solicitor-client relationship between them and P. There was no actual conflict of interest between the firm's duties to her in connection with the limited retainers and its interest in receiving the advances. Similarly, there could not be in these unusual facts any reasonable apprehension of conflict. Given the very limited nature of those retainers and the manner in which the advances were made — unsolicited and frequently without advance notice — there was no duty on the firm under negligence principles to give P advice about those advances or to insist that she obtain independent legal advice about them. [33]

With respect to P's contractual claims against the law firm, out of an abundance of caution and if the parties cannot agree, the question of whether a judgment in debt in P's favour against the firm should issue and, if so, its impact, if any, on the costs ordered at trial and on the appeal to the Court of Appeal should be remanded to the Court of Appeal. [46]

Cases Cited

Referred to: *Hodkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235; *Meadwell Enterprises Ltd. v. Clay and Co.* (1983), 44 B.C.L.R. 188; *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177; *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Mustaji v. Tjin* (1995), 24 C.C.L.T. (2d) 191, aff'd (1996), 25 B.C.L.R. (3d) 220; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 69.4.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 46.1.

Authors Cited

American Law Institute. *Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers*. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 2000.

En outre, du fait de la portée restreinte des mandats et de la nature inhabituelle des avances, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que G et le cabinet d'avocats n'ont pas manqué à l'obligation de diligence qui leur incombait du fait de la relation avocat-client existant entre eux et P. Les obligations du cabinet afférentes aux mandats limités qu'il avait reçus de cette dernière ne sont pas entrées en conflit avec son intérêt à recevoir les avances. De même, ces faits singuliers ne pouvaient raisonnablement inspirer de crainte de conflit. Compte tenu de la portée très restreinte de ces mandats et de la façon dont les avances ont été faites — sans sollicitation et, souvent, sans avis préalable — le cabinet n'était tenu, en application des principes du droit de la négligence, ni de conseiller P à propos de ces avances ni de lui recommander d'obtenir un avis juridique indépendant à leur sujet. [33]

Quant aux prétentions d'ordre contractuel de P contre le cabinet, par souci de prudence et si les parties ne sont pas en mesure de s'entendre, la question de savoir si un jugement, contre le cabinet, prescrivant le paiement de la dette devrait être prononcé en faveur de P et, dans l'affirmative, celle des incidences de ce jugement, s'il en est, sur les dépens accordés au procès et en appel devant la Cour d'appel devraient être renvoyées à la Cour d'appel. [46]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Hodkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235; *Meadwell Enterprises Ltd. c. Clay and Co.* (1983), 44 B.C.L.R. 188; *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177; *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Mustaji c. Tjin* (1995), 24 C.C.L.T. (2d) 191, conf. par (1996), 25 B.C.L.R. (3d) 220; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99.

Lois et règlements cités

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 46.1.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 69.4.

Doctrine citée

American Law Institute. *Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers*. St. Paul, Minn. : American Law Institute Publishers, 2000.

Finn, P. D. *Fiduciary Obligations*. Sydney: Law Book Co., 1977.

Grant, Stephen M., and Linda R. Rothstein. *Lawyers' Professional Liability*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1998.

Jackson & Powell on Professional Liability, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.

Law Society of British Columbia. *Professional Conduct Handbook*. The Society, 1993.

Scott, Austin W. "The Fiduciary Principle" (1949), 37 *Cal. L. Rev.* 539.

Smith, Lionel. "Fiduciary Relationships — Arising in Commercial Contexts — Investment Advisors: *Hodgkinson v. Simms*" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 714.

Weinrib, Ernest J. "The Fiduciary Obligation" (1975), 25 *U.T.L.J.* 1.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Rowles, Levine and Thackray J.J.A.), 2008 BCCA 91, 78 B.C.L.R. (4th) 268, 253 B.C.A.C. 149, 425 W.A.C. 149, 291 D.L.R. (4th) 537, [2008] 7 W.W.R. 39, 55 C.C.L.T. (3d) 243, [2008] B.C.J. No. 309 (QL), 2008 CarswellBC 339, setting aside a decision of Rice J., 2006 BCSC 899, [2006] B.C.J. No. 1396 (QL), 2006 CarswellBC 1523. Appeal allowed.

George K. Macintosh, Q.C., and *Tim Dickson*, for the appellants.

Robert D. Holmes and *John W. Bilawich*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] This appeal arises out of the developing jurisprudence about fiduciary obligations. The facts are unusual, if not unique. At the centre of the case are sizeable advances of cash — some \$200,000 in total — made by Ms. Perez to her employer, the appellant law firm founded by Mr. Galambos. Ms. Perez made these advances voluntarily, much on her initiative and often without informing Mr. Galambos beforehand. When the firm was placed

Finn, P. D. *Fiduciary Obligations*. Sydney : Law Book Co., 1977.

Grant, Stephen M., and Linda R. Rothstein. *Lawyers' Professional Liability*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1998.

Jackson & Powell on Professional Liability, 6th ed. London : Sweet & Maxwell, 2007.

Law Society of British Columbia. *Professional Conduct Handbook*. The Society, 1993.

Scott, Austin W. « The Fiduciary Principle » (1949), 37 *Cal. L. Rev.* 539.

Smith, Lionel. « Fiduciary Relationships — Arising in Commercial Contexts — Investment Advisors : *Hodgkinson v. Simms* » (1995), 74 *R. du B. can.* 714.

Weinrib, Ernest J. « The Fiduciary Obligation » (1975), 25 *U.T.L.J.* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Rowles, Levine et Thackray), 2008 BCCA 91, 78 B.C.L.R. (4th) 268, 253 B.C.A.C. 149, 425 W.A.C. 149, 291 D.L.R. (4th) 537, [2008] 7 W.W.R. 39, 55 C.C.L.T. (3d) 243, [2008] B.C.J. No. 309 (QL), 2008 CarswellBC 339, qui a infirmé une décision du juge Rice, 2006 BCSC 899, [2006] B.C.J. No. 1396 (QL), 2006 CarswellBC 1523. Pourvoi accueilli.

George K. Macintosh, c.r., et *Tim Dickson*, pour les appellants.

Robert D. Holmes et *John W. Bilawich*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi s'inscrit dans la foulée de la jurisprudence récente sur les obligations fiduciaires. Les faits sont inhabituels, voire inédits. Ils tournent autour de substantielles avances de fonds — de quelque 200 000 \$ en tout — faites par M^{me} Perez à son employeur, le cabinet d'avocats appellant fondé par M. Galambos. M^{me} Perez a volontairement avancé les fonds, en grande partie de sa propre initiative et, souvent, sans en informer

in receivership and Mr. Galambos went bankrupt, she found herself an unsecured creditor. She recovered nothing. With the necessary leave of the court (under s. 69.4 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3), she sued Mr. Galambos and the defunct firm for negligence, breach of contract and breach of fiduciary duty, no doubt in the hope that, as the trial judge observed, success in these claims might allow her to recover from the appellants' professional liability insurance.

[2] Ms. Perez's claims failed at trial where the judge found that her rights were those of a creditor and nothing more (2006 BCSC 899, [2006] B.C.J. No. 1396 (QL)). The Court of Appeal, however, set aside that decision (2008 BCCA 91, 78 B.C.L.R. (4th) 268). It concluded that Ms. Perez was entitled to equity's protection because there were fiduciary duties owed to her by the appellants which they had breached. The appellants now appeal to this Court. Although there are several issues, the main question is whether the Court of Appeal was correct to find the appellants owed and breached fiduciary duties to Ms. Perez.

[3] In my respectful view, the Court of Appeal exceeded the limits of appellate review and unduly extended the scope of fiduciary obligations. The trial judge was right to dismiss Ms. Perez's claims and the Court of Appeal erred in law by reversing that decision.

II. Issues

[4] The focus of the appeal is the appellants' contention that the Court of Appeal wrongly found that they were Ms. Perez's fiduciaries in relation to the cash advances which she made. Ms. Perez, in responding to the appeal, not only defends the Court of Appeal's decision, but also renews other arguments which she advanced unsuccessfully at trial. She submits that the appellants acted throughout as her lawyers and in the course of doing so,

préalablement M. Galambos. Lorsque le cabinet d'avocats a été mis sous séquestre et que M. Galambos a fait faillite, elle s'est retrouvée créancière non garantie et elle n'a rien pu recouvrer. Dûment autorisée en application de l'art. 69.4 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, elle a poursuivi M. Galambos et le défunt cabinet pour négligence, rupture de contrat et manquement à une obligation fiduciaire, dans l'espoir évident — comme l'a indiqué le juge de première instance — de pouvoir être indemnisée par l'assurance responsabilité professionnelle des appelants, si elle obtenait gain de cause.

[2] M^{me} Perez a été déboutée en première instance, le juge estimant qu'elle n'avait d'autres droits que ceux d'un créancier non garanti (2006 BCSC 899, [2006] B.C.J. No. 1396 (QL)). La Cour d'appel a cependant infirmé cette décision (2008 BCCA 91, 78 B.C.L.R. (4th) 268), concluant que M^{me} Perez pouvait prétendre à une protection en equity en raison des obligations fiduciaires que les appelants assumaient à son endroit et qu'ils n'avaient pas honorées. Les appelants se pourvoient à présent devant notre Cour. L'appel soulève plusieurs questions, mais la principale est celle de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que les appelants avaient des obligations fiduciaires envers M^{me} Perez et y ont manqué.

[3] Je suis d'avis que la Cour d'appel a outrepassé les limites de l'examen en appel et qu'elle a indûment étendu la portée des obligations fiduciaires. Le juge de première instance était fondé à rejeter l'action de M^{me} Perez et la Cour d'appel a commis une erreur de droit en infirmant cette décision.

II. Les questions en litige

[4] Le nœud du pourvoi réside dans l'affirmation des appelants que la Cour d'appel a conclu, à tort, qu'ils agissaient à titre fiduciaire envers M^{me} Perez à l'égard des avances de fonds qu'elle avait faites. M^{me} Perez défend quant à elle le bien-fondé de la décision de la Cour d'appel et elle reprend des arguments qu'elle avait soumis sans succès en première instance. Elle prétend que les appelants agissaient en tout temps en qualité d'avocats à son

breached fiduciary duties inherent to the solicitor-client relationship, acted negligently and in breach of contract. She also raises arguments based on her employment contract and her claim in debt against the firm.

[5] I find it more convenient to address Ms. Perez's submissions on these points first and then turn to what I view as the heart of the appeal, the appellants' challenge to the Court of Appeal's decision. A brief overview of the facts, claims and proceedings will set the stage.

III. Overview of Facts, Claims and Proceedings

A. *Facts*

[6] Ms. Perez was hired in May 2001 as the firm's part-time bookkeeper. She did excellent work and in October 2001 she started to work full-time, effectively becoming the office manager. As part of her duties, she oversaw all of the firm's income, expenses and accounting and had unlimited signing authority on the firm's bank accounts, except trust accounts.

[7] In January 2002 the firm experienced a cash flow problem. To resolve it, Ms. Perez obtained a personal loan and deposited \$40,000 into the firm's account. The trial judge found that Mr. Galambos did not ask her to advance this money and that he did not even know about the advance until several days later (para. 61). It is common ground that Mr. Galambos instructed Ms. Perez to reimburse herself with interest, an instruction she did not follow other than by repaying herself \$15,000.

[8] During and after 2002, the firm's financial situation deteriorated. Ms. Perez made several more deposits of her own funds into the firm's account and covered some firm expenses with her personal

égard et que, ce faisant, ils ont manqué aux obligations fiduciaires inhérentes à la relation avocat-client ainsi qu'à leurs obligations contractuelles et ont fait preuve de négligence. Elle invoque également son contrat de travail et sa créance contre le cabinet.

[5] J'estime plus commode d'examiner les arguments de M^{me} Perez sur ces derniers points avant d'aborder ce que je considère être le cœur du pourvoi, à savoir la contestation par les appelants de la décision de la Cour d'appel. Un bref aperçu des faits, des prétentions et de l'historique judiciaire nous servira d'entrée en matière.

III. Aperçu des faits, des prétentions et de l'historique judiciaire

A. *Les faits*

[6] M^{me} Perez a été engagée en mai 2001 pour travailler à temps partiel comme aide-comptable du cabinet. Elle donnait entière satisfaction et, au mois d'octobre 2001, a commencé à travailler à temps plein, assumant, en fait, le rôle de chef de bureau. Dans l'exercice de ses fonctions, elle supervisait les recettes, les dépenses et la comptabilité du cabinet et disposait d'un pouvoir de signature illimité à l'égard des comptes bancaires, exception faite des comptes en fiducie.

[7] Au mois de janvier 2002, le cabinet a éprouvé des problèmes de liquidités. Pour tenter de les résoudre, M^{me} Perez a contracté un emprunt personnel et déposé 40 000 \$ au compte du cabinet. Le juge de première instance a conclu que cette avance ne faisait pas suite à une demande de M. Galambos, lequel en avait même ignoré l'existence pendant plusieurs jours (par. 61). Nul ne conteste que M. Galambos a donné instruction à M^{me} Perez de se rembourser avec intérêts, instruction à laquelle elle ne s'est conformée qu'en partie, en se remboursant 15 000 \$.

[8] La situation financière du cabinet s'est dégradée en 2002 et au cours des années suivantes. M^{me} Perez a encore approvisionné plusieurs fois le compte du cabinet à même ses propres fonds et

credit card. The trial judge found that Ms. Perez made several of the advances without informing Mr. Galambos beforehand and that she extended the loans voluntarily, much on her own initiative and without undue influence by Mr. Galambos (paras. 62-63). The trial judge described what happened this way:

As the [financial] decline continued, Mrs. Perez began to deposit more monies of her own into the general account of the firm. On February 12 and 21, 2003, she deposited cheques for \$10,000 and \$22,000. She testified that she would observe that the funds were needed and inform Mr. Galambos. According to her, he would simply ask her to “do something”. She would then, without necessarily telling him first, deposit more funds of her own into the firm’s account.

In addition to these deposits, Mrs. Perez frequently paid for the firm’s supplies with her own credit card and then reimbursed herself for those expenses. She even used her card to make certain personal purchases for Mr. Galambos, such as two suits when she accompanied him once to Harry Rosen’s and a down payment when she accompanied him once to sign a lease for a Mercedes. Mr. Galambos was aware that this was her practice. He said she volunteered to use her personal credit card in this way so that she could pick up frequent flyer points as a perquisite.

All the while, throughout 2003 and early 2004, the decline in the firm’s fortunes continued, and clearly so. The DOJ work, which had made up most of the firm’s revenue, continued to drop. The firm laid off staff. The bank overdraft was constantly at its limit and beyond. The plaintiff kept advancing money, asserting several times in her testimony that she did so in reliance on Mr. Galambos’s promises that the firm’s fortunes would improve and that he would pay her back. According to Mrs. Perez, he told her that there were one or two files soon to be completed with high contingency fees and that he was on the verge of obtaining lucrative new legal work. He even took her to meet the new client. By March 2004, the firm owed Mrs. Perez approximately \$200,000. [paras. 17-19]

[9] During the time she worked for the firm, it handled the preparation and execution of new wills for Ms. Perez and her husband as well as two mortgage transactions, with respect to at least one of

a fait porter des dépenses du bureau à sa carte de crédit personnelle. Le juge de première instance a conclu que M^{me} Perez avait effectué plusieurs de ces avances sans en informer préalablement M. Galambos et qu’il s’agissait de prêts consentis volontairement dont elle avait pris l’initiative elle-même en grande partie, sans abus d’influence de la part de M. Galambos (par. 62-63). Il a ainsi décrit les faits :

[TRADUCTION] La situation [financière] continuant de se détériorer, M^{me} Perez a commencé à verser davantage de ses propres deniers au compte général du cabinet. Les 12 et 21 février 2003, elle a déposé des chèques de 10 000 \$ et de 22 000 \$. Suivant son témoignage, elle constatait que des fonds étaient nécessaires et elle en informait M. Galambos. Selon elle, il lui disait simplement de « faire quelque chose ». Alors, sans nécessairement lui en parler d’abord, elle approvisionnait le compte du cabinet à même ses propres fonds.

En plus de ces dépôts, il arrivait fréquemment que M^{me} Perez achète des fournitures pour le cabinet avec sa propre carte de crédit et se rembourse ensuite. Elle a même utilisé sa carte de crédit pour des achats personnels de M. Galambos, dont deux complets lorsqu’elle l’a accompagné chez Harry Rosen et un acompte sur la location d’une Mercedes lorsqu’elle l’a accompagné pour la signature du contrat. M. Galambos était au courant de cette façon de faire. Il a dit qu’elle proposait d’utiliser ainsi sa carte de crédit personnelle pour profiter de la possibilité d’accumuler des points de voyage.

La situation financière du cabinet a continué à se détériorer de façon notable pendant l’année 2003 et au début de 2004. Les mandats du MJ, dont le cabinet tirait le plus clair de ses revenus, ont continué à se raréfier. Le cabinet a effectué des mises à pied. Le découvert bancaire permis était presque toujours atteint ou dépassé. La demanderesse avançait toujours de l’argent; elle a affirmé plusieurs fois dans son témoignage qu’elle le faisait sur la foi des promesses de M. Galambos que la situation s’améliorerait et qu’il la rembourserait. Selon M^{me} Perez, il lui aurait dit qu’un ou deux dossiers sur le point de se régler comportaient des honoraires conditionnels élevés et qu’il allait sous peu obtenir de nouveaux mandats lucratifs. Il l’a même emmenée rencontrer le nouveau client. Au mois de mars 2004, le cabinet devait environ 200 000 \$ à M^{me} Perez. [par. 17-19]

[9] Pendant la période durant laquelle M^{me} Perez a travaillé pour le cabinet, celui-ci s’est chargé de la préparation et de la signature de son testament et de celui de son mari. Le cabinet s’est aussi occupé

which the firm also acted for the lender. The firm did not expect to be and was not paid for these services.

B. *Claims*

[10] Ms. Perez claimed that there was an ongoing solicitor-client relationship between her and Mr. Galambos's firm because free legal services were part of her employment contract. She submitted that Mr. Galambos and the firm breached an implied term of the retainer and their fiduciary duties to her by failing to provide her with the legal advice she required in connection with her loans to the firm and by acting for her while in a conflict of interest. She also asserted that Mr. Galambos and the firm were fiduciaries even apart from the solicitor-client relationship and that they had breached their obligations to her. She made other claims in contract and negligence.

C. *Proceedings*

[11] At trial, all of Ms. Perez's claims were dismissed. The trial judge, Rice J., found that there were no fiduciary duties in relation to the cash advances. He rejected Ms. Perez's contention that there was any ongoing, general solicitor-client relationship; he found, contrary to her position, that free legal services were not a term of her employment. He concluded that the retainers for the wills and mortgages were each distinct and limited to the services requested and that the loans were outside the ambit of the limited solicitor-client relationship which existed between the parties (paras. 24-40). He also found that there was no fiduciary relationship apart from these retainers since Ms. Perez was not vulnerable and had not relinquished any decision-making power to Mr. Galambos (paras. 41-46). As for Ms. Perez's negligence claim, the trial judge concluded that Mr. Galambos had not been negligent in his conduct of his business, that he owed no special duty to Ms. Perez in that regard in any case, that she did not rely on Mr. Galambos's expressions of hope that things would turn around

pour elle de deux hypothèques, et dans le cas d'au moins l'une d'elles, il a également représenté le prêteur. Le cabinet ne s'attendait pas à recevoir d'honoraires pour ces services et il n'en a pas touchés.

B. *Les prétentions*

[10] M^{me} Perez a soutenu que, son contrat de travail prévoyant la prestation de services juridiques gratuits, il existait entre elle et le cabinet une relation avocat-client continue. Elle a fait valoir que M. Galambos et le cabinet avaient contrevenu à une clause implicite de ce mandat et à leurs obligations fiduciaires envers elle en ne lui fournissant pas les services juridiques dont elle avait besoin au sujet des prêts consentis au cabinet et en la représentant malgré l'existence d'un conflit d'intérêts. Elle a également affirmé que M. Galambos et le cabinet avaient des obligations fiduciaires à son égard, même en dehors de la relation avocat-client, et qu'ils avaient manqué à ces obligations également. Elle a aussi formulé d'autres prétentions fondées sur des obligations contractuelles et sur la négligence.

C. *L'historique judiciaire*

[11] En première instance, toutes les prétentions de M^{me} Perez ont été rejetées. Le juge Rice, qui instruisait l'affaire, a conclu à l'absence de toute obligation fiduciaire relativement aux avances de fonds. Écartant l'argument de la relation générale continue avocat-client invoqué par M^{me} Perez, il a plutôt estimé que les conditions de travail de cette dernière ne comprenaient pas de services juridiques gratuits. Selon lui, les mandats relatifs aux testaments et aux hypothèques étaient des mandats distincts, qui se limitaient chaque fois aux services demandés, et les prêts ne s'inscrivaient pas dans le cadre de la relation avocat-client restreinte qui existait entre les parties (par. 24-40). Le juge Rice a également conclu qu'il n'existait pas de relation fiduciaire hors des mandats puisque M^{me} Perez n'était pas une personne vulnérable et qu'elle n'avait abandonné aucun pouvoir décisionnel à M. Galambos (par. 41-46). Relativement à l'allégation de négligence, le juge a considéré que M. Galambos ne s'était pas montré négligent dans la conduite de son entreprise et que, de toute manière,

and that it would have been unreasonable for her to do so, given her detailed knowledge of the firm's finances. Finally, the judge firmly rejected Ms. Perez's allegations of coercion and undue influence by Mr. Galambos (paras. 54-55).

[12] Writing for the Court of Appeal, Rowles J.A. agreed with the trial judge that it was not a term of Ms. Perez's employment that the firm would provide free legal services on all matters or act as her lawyer generally. Also in apparent agreement with the trial judge, the court doubted that the limited solicitor-client relationships that did exist between Ms. Perez and the firm provided a basis for finding any breach of the *per se* fiduciary obligations arising from the relationship of solicitor and client. However, the court concluded that Mr. Galambos had breached an *ad hoc* fiduciary duty which arose in all of the circumstances, even though Ms. Perez did not specifically submit before the Court of Appeal that there was a duty arising that way. The court held that there was a "power-dependency" relationship between Ms. Perez and Mr. Galambos; it is not necessary for the duty to arise that there be any mutual understanding that Mr. Galambos had relinquished his self-interest in favour of hers; Ms. Perez was vulnerable; and the evidence "overwhelmingly" supported the conclusion that Mr. Galambos took advantage of her trust (paras. 16 and 50-56). The Court of Appeal therefore allowed the appeal and granted Ms. Perez judgment for \$200,000.

IV. Analysis

A. *Respondent's Issues*

[13] Ms. Perez submits that the appellants acted throughout as her lawyers and that, in doing so,

il n'assumait aucune obligation particulière envers M^{me} Perez à cet égard, que cette dernière n'avait pas compté sur l'espoir qu'il entretenait que les choses iraient mieux et qu'il aurait été déraisonnable qu'elle le fasse étant donné sa connaissance approfondie de la situation financière du cabinet. Enfin, le juge a catégoriquement rejeté les allégations de contrainte et d'abus d'influence de la part de M. Galambos (par. 54-55).

[12] Rendant jugement au nom de la Cour d'appel, la juge Rowles a souscrit à l'opinion du juge de première instance selon laquelle les conditions d'emploi de M^{me} Perez ne prévoyaient pas que le cabinet lui fournirait des services juridiques gratuits sur toute question ou la représenterait de façon générale. Semblant se ranger encore une fois à l'avis du juge de première instance, la Cour d'appel a également mis en doute que les relations avocat-client limitées existant entre M^{me} Perez et le cabinet aient pu justifier de conclure à la violation *per se* des obligations fiduciaires découlant de la relation qui unit un avocat et son client. Toutefois, la Cour d'appel a conclu que M. Galambos avait effectivement manqué à une obligation fiduciaire *ad hoc* découlant de l'ensemble des circonstances, même si M^{me} Perez n'avait pas spécifiquement soutenu devant elle qu'il existait une telle obligation. La Cour d'appel a jugé que la relation existant entre M^{me} Perez et M. Galambos comportait un rapport [TRADUCTION] « de force et de dépendance » et qu'il n'était pas nécessaire à la formation de l'obligation que les parties aient convenu que M. Galambos renoncerait à son propre intérêt en faveur de celui de M^{me} Perez. Selon la Cour d'appel, cette dernière était vulnérable, et la preuve étayait [TRADUCTION] « irrésistiblement » la conclusion que M. Galambos avait abusé de sa confiance (par. 16 et 50-55). La Cour d'appel a donc accueilli l'appel et a rendu jugement en faveur de M^{me} Perez pour la somme de 200 000 \$.

IV. Analyse

A. *La position de l'intimée*

[13] M^{me} Perez soutient que les appelants ont toujours agi en qualité d'avocats à son égard et que,

they acted negligently, in breach of contract and in breach of a fiduciary duty flowing from that solicitor-client relationship. She also makes brief submissions with respect to her contract of employment and her claim in debt against the now-defunct firm.

[14] Except in one aspect, I am not persuaded that these points have merit. I will first address the submissions arising from the solicitor-client relationship and then turn to the other claims.

1. Claims Arising From the Solicitor-Client Relationship

a. *Negligence*

[15] At trial, Ms. Perez submitted that the appellants had a duty of care towards her under negligence principles, both within the solicitor-client relationship and apart from that relationship. In this Court, her submissions about negligence are limited to breaches of duty within the solicitor-client relationship.

[16] In June of 2002, a Galambos & Co. lawyer handled the preparation and execution of new wills for Ms. Perez and her husband. The firm also handled mortgage transactions in January and September of 2003.

[17] The foundation of Ms. Perez's negligence submission is that there was a general and ongoing solicitor-client relationship between the appellants and herself. She maintains that this relationship existed throughout her employment and covered all necessary legal work during that time including, of course, the period during which she advanced funds to the firm. Ms. Perez submits that the appellants breached the duty of care which was inherent in this solicitor-client relationship, saying that they were negligent by placing themselves in a position of conflict of interest with her, failing to advise her in connection with the cash advances and failing to require or suggest that she seek independent

à ce titre, ils ont fait preuve de négligence et ont manqué à leurs obligations contractuelles ainsi qu'aux obligations fiduciaires découlant de la relation avocat-client. Elle a aussi fait valoir succinctement des arguments se rapportant à son contrat de travail et à sa créance contre le cabinet maintenant inexistant.

[14] Ces arguments, à une exception près, ne me paraissent pas fondés. J'examinerai d'abord l'argumentation relative à la relation avocat-client. J'aborderai ensuite les autres prétentions.

1. La relation avocat-client

a. *La négligence*

[15] En première instance, M^{me} Perez a soutenu que, en vertu des principes applicables en matière de négligence, les appelants assumaient une obligation de diligence à son endroit à la fois dans le cadre de la relation avocat-client et en dehors de celle-ci. Devant notre Cour, son argumentation relative à la négligence n'a porté que sur le manquement à l'obligation de diligence dans la relation avocat-client.

[16] Au mois de juin 2002, un avocat de Galambos & Co. a veillé à la préparation et à la signature de nouveaux testaments pour M^{me} Perez et son mari. Le cabinet s'est également occupé d'hypothèques en janvier et en septembre 2003.

[17] L'argumentation de M^{me} Perez relative à la négligence postule l'existence d'une relation avocat-client générale et ininterrompue entre elle et les appelants. Cette relation aurait existé pendant toute la durée de l'emploi de M^{me} Perez et elle aurait porté sur tout service juridique devenant nécessaire pendant cette période, laquelle comprenait, il va sans dire, la période pendant laquelle elle a avancé des fonds au cabinet. M^{me} Perez soutient que les appelants ont manqué à l'obligation de diligence inhérente à cette relation avocat-client; elle affirme qu'ils ont fait preuve de négligence en se plaçant en situation de conflit d'intérêts avec elle, en ne la conseillant pas au sujet des avances de fonds et en

legal advice before making the cash advances to the firm.

[18] In the particular and admittedly unusual facts of this case, these submissions cannot be accepted. Given the strong findings of fact by the trial judge, the particular nature of the appellants' retainers and the nature of the advances themselves, I see no reviewable error in Rice J.'s rejection of these claims.

[19] The trial judge made three especially important factual findings which in my view cannot be disturbed on appeal.

[20] The first is that, contrary to Ms. Perez's contentions, there was no ongoing, general solicitor-client relationship. While Ms. Perez claimed that she had been promised free legal work as a condition of her employment, the judge concluded that this was not a term of her employment and that the firm had not undertaken to be her lawyer generally or to provide her with any specific legal service (para. 27). This was a finding of fact made by the judge after consideration of conflicting evidence and no basis has been made out for setting it aside. It follows that an important factual element of Ms. Perez's claims does not exist.

[21] The judge's second finding related to the legal work undertaken by the firm on Ms. Perez's behalf. He found that each retainer was limited to the specific services requested and was unrelated to the advances she made to the firm. While the judge did make a factual mistake in his discussion of this issue as I shall describe, I see no proper basis to interfere with his conclusions about the nature of the retainers.

[22] With respect to the wills, the trial judge noted that Ms. Perez herself acknowledged that this

omettant de demander ou de recommander qu'elle obtienne un avis juridique indépendant avant de consentir des avances de fonds au cabinet.

[18] On ne saurait retenir ces arguments dans le contexte particulier et, on en convient, inhabituel de la présente espèce. Compte tenu des fermes conclusions de fait tirées par le juge de première instance, de la nature particulière des mandats des appelants et de celle des avances elles-mêmes, je ne relève pas d'erreur susceptible de révision dans la décision du juge Rice de rejeter les prétentions dont nous venons de discuter.

[19] Le juge de première instance a formulé trois conclusions de fait particulièrement importantes qui, selon moi, ne peuvent être infirmées en appel.

[20] Il a d'abord conclu que, contrairement aux prétentions de M^{me} Perez, il n'existait pas de relation générale continue avocat-client. Malgré l'affirmation de cette dernière selon laquelle on lui avait promis qu'elle jouirait, comme employée, de services juridiques gratuits, le juge a estimé qu'il ne s'agissait pas là d'une condition d'emploi dont elle jouissait et que le cabinet ne s'était pas engagé à la représenter de façon générale ni à lui fournir de services juridiques particuliers (par. 27). Nous sommes en présence d'une conclusion de fait tirée par le juge après examen d'éléments de preuve contradictoires, et il n'a pas été démontré qu'il y avait lieu de l'écartier. Il s'ensuit qu'un important élément de fait des prétentions de M^{me} Perez est inexistant.

[21] La deuxième conclusion concernait les services juridiques rendus à M^{me} Perez. Le juge de première instance a conclu que chaque mandat était limité aux services précis qui avaient été demandés et qu'il n'existait aucun lien entre les mandats et les avances de fonds. Bien que le juge ait commis une erreur de fait dans son examen de cette question, erreur sur laquelle je reviendrai, rien ne justifie de modifier ses conclusions sur la nature des mandats.

[22] S'agissant de la rédaction des testaments, le juge a signalé que M^{me} Perez elle-même avait

legal work had nothing to do with the previous or subsequent advances of funds that she made to the firm (para. 29).

[23] With respect to the mortgages, the judge found that these retainers were unrelated to the cash advances and were limited to the particular services requested. He put it this way, at paras. 36-37:

On the whole, the evidence indicates that Mrs. Perez retained Galambos & Company for three specific legal purposes: to obtain a new will and to complete two mortgage transactions. Aside from those, Mrs. Perez's only relationship with the firm was as an employee and a creditor. There was, at the time these services were performed, no commitment of the firm to provide Mrs. Perez with any legal service in the future. There is no evidence that Mrs. Perez consulted anyone in the firm for legal advice on any matter outside the confines of the three specific transactions. In particular, there is no evidence that she ever asked Mr. Galambos or another lawyer at the firm to advise her about the loans or about her financial circumstances generally. On the contrary, she made some advances on her own initiative without telling Mr. Galambos beforehand.

In the circumstances, I find that each retainer was separate, distinct, and limited to the specific services Mrs. Perez requested. [Emphasis added.]

[24] The judge's third finding was that Ms. Perez did not ask for or receive advice about the advances, that she did not rely on anything Mr. Galambos told her when she decided to make the advances and that, even if she had so relied, that reliance would have been unreasonable in the particular circumstances of the case (paras. 47-53).

[25] In light of these findings, Ms. Perez's submissions about negligence cannot succeed. The solicitor-client relationship between Ms. Perez and the appellants was very limited and there is no plausible suggestion that the firm's preparation of the wills and the mortgages breached the standard of care owed to her. As the trial judge put it, "Mrs. Perez has no complaint relating to any of the legal services or advice that the firm provided. Those transactions did not leave her disadvantaged in any way" (para. 40).

reconnu que ce service n'avait rien à voir avec les avances de fonds antérieures et postérieures faites au cabinet (par. 29).

[23] S'agissant de la préparation des hypothèques, il a conclu que les mandats n'avaient aucun lien avec les avances de fonds et se limitaient aux services précis qui avaient été demandés. Il s'est exprimé ainsi aux par. 36-37 :

[TRADUCTION] Il ressort de l'ensemble de la preuve que M^{me} Perez a retenu les services de Galambos & Company pour trois fins juridiques précises : un nouveau testament et deux hypothèques. Autrement, c'est uniquement en tant qu'employée et créancière que M^{me} Perez avait des liens avec le cabinet. Au moment où les services ont été rendus, le cabinet ne s'était nullement engagé à fournir des services juridiques ultérieurs. Aucun élément de preuve n'indique que M^{me} Perez a consulté qui que ce soit dans le cabinet sur toute question autre que ces trois mandats. Rien n'établit, plus particulièrement, qu'elle a demandé à M. Galambos ou à un autre avocat du cabinet de la conseiller au sujet des prêts ou de sa situation financière en général. Au contraire, elle a versé des avances de sa propre initiative et sans en informer M. Galambos au préalable.

Dans ces circonstances, j'estime qu'il s'agissait chaque fois de mandats séparés et distincts, limités aux services précis demandés par M^{me} Perez. [Je souligne.]

[24] Selon la troisième conclusion du juge, M^{me} Perez n'avait ni demandé ni reçu de conseils au sujet des avances de fonds, n'avait pas décidé de les verser sur la foi de quoi que ce soit que M. Galambos lui avait dit et, l'eût-elle fait, il aurait été déraisonnable de sa part de se fier à ces propos dans les circonstances (par. 47-53).

[25] Compte tenu de ces conclusions, l'argumentation de M^{me} Perez relative à la négligence est vouée à l'échec. La relation avocat-client existant entre M^{me} Perez et les appelants était très limitée et rien n'indique de façon plausible que la préparation des testaments et des actes hypothécaires n'était pas conforme à la norme de diligence applicable. Comme l'a écrit le juge de première instance, [TRADUCTION] « M^{me} Perez n'avait rien à redire quant aux services ou conseils juridiques qui lui avaient été prodigués, et ces services ne l'avaient désavantagée d'aucune façon » (par. 40).

[26] Was there a breach of any duty owed in relation to the cash advances? Ms. Perez argues that it is illogical to say that the subject matters of the legal services were distinct from the loans because drawing up a will involves knowing the state of a client's assets and liabilities and that "the relation of the two mortgage transactions to the loans is obvious" (Factum, at para. 66). She submits that the proceeds were used to provide the advances. However, the trial judge found as a fact that the mortgages had nothing to do with her advances to the firm and rejected as inconclusive the only piece of evidence which could have supported the theory that Mr. Galambos helped her obtain one of the loans by attesting to her employment status (paras. 29 and 56-61). Ms. Perez has pointed to no proper basis for appellate interference with these findings.

[27] That said, Ms. Perez correctly submits that the judge was wrong to find that there was no solicitor-client relationship between her and the firm at the time of any of her cash advances. The record discloses that Ms. Perez did make some advances to the firm while there were open files for some of the matters in which the firm acted for her. During these periods, Ms. Perez advanced Galambos & Co. amounts which are difficult to calculate precisely from the record, but which were at least in the tens of thousands of dollars. The judge erred, therefore, in saying, at para. 37, that she was not a client at any of the times when she made loans to the firm. However, this factual mistake does not in my view invalidate the judge's critical finding that the retainers were distinct, limited and had no bearing on these advances.

[28] I would not wish to be thought as saying that the firm complied with all of the applicable rules of professional conduct. The fact that these advances were made outside the confines of this particular solicitor-client relationship does not circumvent the nearly absolute professional standard not to borrow

[26] Y a-t-il eu manquement à une quelconque obligation découlant des avances de fonds versées? M^{me} Perez soutient qu'on ne saurait logiquement affirmer que l'objet des services juridiques était étranger aux prêts puisque la rédaction d'un testament suppose la connaissance de l'actif et du passif du client et que [TRADUCTION] « le lien entre les deux hypothèques et les prêts est évident » (mémoire, par. 66). Elle affirme que le produit de ces opérations a servi à fournir les avances. Or, le juge de première instance a conclu que, en fait, les hypothèques n'avaient aucun rapport avec les avances de fonds et il a estimé que le seul élément de preuve susceptible d'étayer la thèse selon laquelle M. Galambos avait aidé son employée à obtenir l'un des prêts en fournissant une attestation d'emploi n'était pas concluant (par. 29 et 56-61). Rien dans l'argumentation de M^{me} Perez ne justifie de modifier ces conclusions en appel.

[27] Cela dit, M^{me} Perez fait valoir à bon droit que le juge a eu tort de conclure qu'il n'existait pas de relation avocat-client entre elle et le cabinet au moment de chacune des avances de fonds. La preuve établit que M^{me} Perez a bien avancé des fonds pendant que certains des dossiers pour lesquels le cabinet l'a représentée étaient en cours. Les sommes que M^{me} Perez a avancées à Galambos & Co. durant ces périodes peuvent, malgré la difficulté à les chiffrer avec précision, être évaluées à quelques dizaines de milliers de dollars. Par conséquent, le juge a commis une erreur en affirmant, au par. 37, qu'elle n'était la cliente du cabinet à aucun des moments où elle lui a versé des avances. Cette erreur de fait n'invalide toutefois pas, selon moi, ses conclusions fondamentales selon lesquelles les mandats étaient limités, distincts des avances et sans incidence sur elles.

[28] Qu'il soit clair que je n'affirme pas par là que le cabinet a observé toutes les règles déontologiques applicables. Le fait que les avances n'aient pas été versées dans le cadre de la relation avocat-client qui existait en l'espèce n'écarte pas la règle de déontologie pratiquement absolue interdisant

from clients. As provided in rule 4 of Chapter 7 of the Law Society of British Columbia *Professional Conduct Handbook* (1993): “Unless the transaction is of a routine nature to and in the ordinary course of business of the client, a lawyer must not borrow money or obtain credit from a client of the lawyer’s firm, or obtain a benefit from any security or guarantee given by such a client.”

[29] However, two points must be made with respect to this rule of conduct. The first is that there is an important distinction between the rules of professional conduct and the law of negligence. Breach of one does not necessarily involve breach of the other. Conduct may be negligent but not breach rules of professional conduct, and breaching the rules of professional conduct is not necessarily negligence. Codes of professional conduct, while they are important statements of public policy with respect to the conduct of lawyers, are designed to serve as a guide to lawyers and are typically enforced in disciplinary proceedings. They are of importance in determining the nature and extent of duties flowing from a professional relationship: *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 425. They are not, however, binding on the courts and do not necessarily describe the applicable duty or standard of care in negligence; see, e.g., *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235, at pp. 1244-45; *Meadwell Enterprises Ltd. v. Clay and Co.* (1983), 44 B.C.L.R. 188 (S.C.); S. M. Grant and L. R. Rothstein, *Lawyers’ Professional Liability* (2nd ed. 1998), at pp. 8-10.

[30] The second point relates to the concerns underlying the rules of conduct in relation to borrowing from clients. The rule is a specific application of the general rules about conflict of interest. There is concern that a lawyer’s legal skill and training, coupled with the relationship of trust that arises between a solicitor and a client, creates the possibility of overreaching by the lawyer. A further concern is that the lawyer is in a position to arrange the form of the transaction and may

aux avocats d’emprunter à leurs clients. Ainsi que le prévoit la règle 4 du chapitre 7 du *Professional Conduct Handbook* (1993) de la Law Society of British Columbia : [TRADUCTION] « L’avocat ne doit pas emprunter d’argent ni obtenir de crédit d’un client du cabinet d’avocats et il ne doit pas non plus tirer avantage d’une sûreté ou garantie fournie par un tel client, à moins qu’il ne s’agisse d’opérations habituelles du client réalisées dans le cours ordinaire de ses affaires. »

[29] Deux remarques s’imposent cependant au sujet de cette règle de conduite. La première a trait à l’importante distinction qui existe entre les règles déontologiques et le droit de la négligence. L’auteur d’une faute déontologique ne transgresse pas nécessairement les règles du droit de la négligence. Une conduite peut relever de la négligence sans contrevenir à une règle de déontologie, et l’on peut agir à l’encontre de la déontologie sans nécessairement se montrer négligent. Les codes de déontologie formulent certes d’importants principes d’intérêt public relativement à la conduite des avocats, mais ils ont vocation de lignes directrices, et leur application prend généralement la forme d’instances disciplinaires. Ils sont utiles pour définir la nature et l’étendue des devoirs découlant d’une relation professionnelle : *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, p. 425. Ils ne lient cependant pas les tribunaux judiciaires et ne définissent pas nécessairement les obligations ou normes de diligence applicables en matière de négligence : voir, p. ex., *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, p. 1244-1245; *Meadwell Enterprises Ltd. c. Clay and Co.* (1983), 44 B.C.L.R. 188 (C.S.); S. M. Grant et L. R. Rothstein, *Lawyers’ Professional Liability* (2^e éd. 1998), p. 8-10.

[30] La seconde remarque concerne le fondement de la règle de déontologie régissant les emprunts auprès de clients. Il s’agit d’une application particulière des règles générales régissant les conflits d’intérêts. On craint les abus pouvant découler des connaissances et de l’expérience juridiques de l’avocat jumelées à la relation de confiance qui s’établit entre son client et lui. Sans compter que l’avocat est en mesure d’orienter la forme du contrat et peut faire passer ses propres intérêts avant ceux

therefore further his or her own interests instead of those of the client: see *Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers* § 126 cmt. b (2000). However, given the trial judge's factual findings in this unusual case, the concerns giving rise to the rule are not in play here.

[31] A situation of conflict of interest occurs when there is a "substantial risk that the lawyer's representation of the client would be materially and adversely affected by the lawyer's own interests or by the lawyer's duties to another current client, a former client, or a third person": *Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers* § 121, cited with approval in *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631, at para. 31. On this point, Rice J. effectively found that there was no risk that the firm's representation of Ms. Perez in connection with the wills or mortgages could be affected by the firm's interest in receiving the cash advances from her. Similarly, the trial judge found no reliance and therefore certainly no overreaching and no effort on the part of the lawyers to structure the advances to their advantage. As the trial judge found, at para. 62: "... although it is truly strange, [Ms. Perez] appears to have extended the loans voluntarily and much on her own initiative." He concluded that there was "no evidence of undue influence, or unconscionability" (para. 63).

[32] I cannot fault the judge for reaching this conclusion on the admittedly unusual facts which confronted him. These were routine legal services, wholly unrelated, as the judge found, to the advances and they were provided without fee to an employee. The cash advances were unusual and far removed from the sorts of loans from clients envisaged by the professional conduct rule. The advances were not requested by the firm or Mr. Galambos, they were sometimes made without Ms. Perez advising the firm that they had been. Ms. Perez, the bookkeeper and employee of the firm, did not obey her employer's instructions to repay the advances even when the firm's finances would have permitted it and she did not provide an accounting to the firm

de son client : voir *Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers* § 126 com. b (2000). Toutefois, compte tenu des conclusions de fait formulées par le juge de première instance dans le présent dossier hors de l'ordinaire, les préoccupations ayant présidé à la formulation de la règle n'entrent pas en jeu ici.

[31] Il y a conflit d'intérêts en présence d'un [TRADUCTION] « risque sérieux que les intérêts personnels de l'avocat ou ses devoirs envers un autre client actuel, un ancien client ou une tierce personne nuisent de façon appréciable à la représentation du client par l'avocat » : *Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers* § 121, propos cités et approuvés dans *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631, par. 31. Sur ce point, le juge Rice a conclu que, dans les faits, l'intérêt du cabinet à l'égard des avances de fonds de M^{me} Perez ne risquait pas de nuire à sa représentation relativement aux testaments ou aux hypothèques. Le juge a également estimé que M^{me} Perez ne s'était pas fondée sur des déclarations des appelants et, par conséquent, que ceux-ci n'avaient certainement pas abusé de leur position et n'avaient tenté d'aucune façon de structurer les avances à leur avantage. Comme il l'a indiqué (par. 62) : [TRADUCTION] « ... bien que ce soit assurément étrange, [M^{me} Perez] semble avoir consenti les prêts volontairement, en grande partie de sa propre initiative. » Il a conclu qu'il n'y avait [TRADUCTION] « aucune preuve d'abus d'influence ou d'iniquité » (par. 63).

[32] Je ne puis trouver à redire à cette conclusion, les faits étant, on en conviendra, inhabituels. Les services juridiques étaient des services courants qui, de l'avis du juge, étaient tout à fait étrangers aux avances de fonds et fournis à titre gracieux à une employée. Les avances de fonds étaient inhabituelles, et très éloignées du genre de prêts émanant de clients que vise la règle déontologique : elles n'avaient été demandées ni par le cabinet ni par M. Galambos, elles avaient parfois été versées sans que M^{me} Perez en informe le cabinet. En outre, M^{me} Perez, aide-comptable et employée du cabinet, n'a pas donné suite à la directive de son employeur de se rembourser, même lorsque la situation financière du cabinet l'aurait permis, et elle n'a pas remis au

of what it owed to her. This situation is as about as far removed as one can imagine from the typical case of a lawyer improperly borrowing money from a client. In short, there was no conflict between the firm's duties to her in connection with the wills and mortgages and the advances, and the firm did not in any way trade upon its position as her lawyer to obtain them.

[33] I conclude that, given the limited nature of the retainers and the unusual nature of the advances, the trial judge did not err in finding that the appellants did not breach their duty of care arising from the solicitor-client relationship between them and Ms. Perez. There was no actual conflict of interest between the firm's duties to her in connection with the limited retainers and its interest in receiving the advances. Similarly, there could not be in these unusual facts any reasonable apprehension of conflict. Given the very limited nature of those retainers and the manner in which the advances were made — unsolicited and frequently without advance notice — there was no duty on the firm under negligence principles to give Ms. Perez advice about those advances or to insist that she obtain independent legal advice about them.

b. *Contract for Legal Services*

[34] The claim that the solicitor-client contract was breached is essentially a differently labelled repetition of the claim in negligence, and this contractual claim falls with it.

c. *Per se Fiduciary Duty*

[35] Ms. Perez submits that the appellants breached the fiduciary obligations owed by lawyers to clients. In my view, this contention fails for much the same reason as Ms. Perez's claims in negligence.

cabinet d'état de compte indiquant ce que le cabinet lui devait. On ne peut pratiquement imaginer de situation plus éloignée du cas type de l'avocat obtenant indûment un prêt d'un client. Bref, il n'existait aucun conflit entre les avances et les obligations assumées par le cabinet à l'égard de M^{me} Perez relativement aux testaments et aux hypothèques, et le cabinet n'a d'aucune façon exploité la situation à son avantage afin d'obtenir les avances en question.

[33] Je conclus donc que, du fait de la portée restreinte des mandats et de la nature inhabituelle des avances, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que les appelants n'ont pas manqué à l'obligation de diligence qui leur incombait du fait de la relation avocat-client existant entre eux et M^{me} Perez. Les obligations du cabinet afférentes aux mandats limités qu'il avait reçus de cette dernière ne sont pas entrées en conflit avec son intérêt à recevoir les avances. De même, ces faits singuliers ne pouvaient raisonnablement inspirer de crainte de conflit. Compte tenu de la portée très restreinte de ces mandats et de la façon dont les avances ont été faites — sans sollicitation et, souvent, sans avis préalable — le cabinet n'était tenu, en application des principes du droit de la négligence, ni de conseiller M^{me} Perez à propos de ces avances ni de lui recommander d'obtenir un avis juridique indépendant à leur sujet.

b. *Le contrat de prestation de services juridiques*

[34] La prétention suivant laquelle il y a eu rupture du contrat avocat-client reprend essentiellement, sous un titre différent, la prétention fondée sur la négligence. Comme cette dernière, elle est vouée à l'échec.

c. *L'obligation fiduciaire en soi*

[35] M^{me} Perez affirme que les appelants n'ont pas respecté les obligations fiduciaires auxquelles les avocats sont tenus envers leurs clients. Cette prétention ne saurait être accueillie, pour les mêmes raisons, en gros, qui ont entraîné le rejet des prétentions fondées sur la négligence.

[36] Certain categories of relationships are considered to give rise to fiduciary obligations because of their inherent purpose or their presumed factual or legal incidents: *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, per La Forest J., at p. 646. These categories are sometimes called *per se* fiduciary relationships. There is no doubt that the solicitor-client relationship is an example. It is important to remember, however, that not every legal claim arising out of a *per se* fiduciary relationship, such as that between a solicitor and client, will give rise to a claim for a breach of fiduciary duty.

[37] A claim for breach of fiduciary duty may only be founded on breaches of the specific obligations imposed because the relationship is one characterized as fiduciary: *Lac Minerals*, at p. 647. This point is important here because not all lawyers' duties towards their clients are fiduciary in nature. Sopinka and McLachlin JJ. (as the latter then was) underlined this in dissent (but not on this point) in *Hodgkinson*, at pp. 463-64, noting that while the solicitor-client relationship has fiduciary aspects, many of the tasks undertaken in the course of the solicitor-client relationship do not attract a fiduciary obligation. Binnie J. made the same point in *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177, at para. 34: "Not every breach of the contract of retainer is a breach of a fiduciary duty." The point was also put nicely by Rupert M. Jackson and John L. Powell, *Jackson & Powell on Professional Liability* (6th ed. 2007), at para. 2-130, when they said that any breach of any duty by a fiduciary is not necessarily a breach of fiduciary duty.

[38] The launching pad for Ms. Perez's submissions based on the solicitor-client relationship is that there was a general solicitor-client relationship between her and the firm for all necessary legal work during the time that she advanced funds to the firm. As noted earlier, the judge made a finding against her on this point: he found, on

[36] On considère que certains types de rapports font naître des obligations fiduciaires en raison de leur fin inhérente ou des particularités factuelles ou juridiques qui leur sont attribuées : *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, le juge La Forest, p. 646. Ces rapports sont parfois qualifiés de fiduciaires en soi. Il ne fait aucun doute que la relation avocat-client en est un exemple. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que toute revendication résultant d'un rapport fiducial en soi, comme la relation entre un avocat et son client, ne saurait fonder un recours pour manquement à une obligation fiduciaire.

[37] Le recours pour manquement à une obligation fiduciaire ne peut reposer que sur le non-respect des obligations particulières qui découlent des rapports dits fiduciaires : *Lac Minerals*, p. 647. Cet aspect revêt une grande importance en l'espèce, parce que ce ne sont pas toutes les obligations d'un avocat envers son client qui présentent un caractère fiducial. Dans *Hodgkinson*, aux p. 463-464, le juge Sopinka et la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) ont souligné ce point dans leurs motifs dissidents (mais non sur cette question), en signalant qu'en dépit de la nature fiduciaire de certains aspects de la relation avocat-client, bon nombre des tâches accomplies dans ce cadre ne donnent pas naissance à une obligation fiduciaire. Le juge Binnie a réitéré ce principe dans *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177, par. 34 : « Les violations du mandat ne constituent pas toutes un manquement à une obligation fiduciaire. » Rupert M. Jackson et John L. Powell ont également bien exprimé cette notion dans *Jackson & Powell on Professional Liability* (6^e éd. 2007), par. 2-130, en indiquant que le manquement à une obligation de la part d'un fiducial n'est pas nécessairement un manquement à une obligation fiduciaire.

[38] L'argumentation de M^{me} Perez fondée sur la relation avocat-client postule l'existence entre le cabinet et elle d'une relation avocat-client générale qui englobait tout service juridique nécessaire pendant la période où les avances de fonds ont été versées. Je le répète, le juge de première instance ne lui a pas donné raison sur ce point. En effet, il a

conflicting evidence, that it was not a term of Ms. Perez's employment that the firm would provide her with all necessary legal services and that the cash advances were not within the terms of any of the specific and limited retainers which the firm undertook on her behalf. The Court of Appeal agreed. It concluded that whatever fiduciary obligations arose from the limited solicitor-client relationship, they did not extend to the cash advances. As the Court of Appeal put it:

While a solicitor-client relationship existed between the parties at certain times and for certain purposes, I question whether that aspect of their relationship, standing alone, would provide a foundation for imposing fiduciary obligations in this case. Unlike the situation in *3464920 Canada Inc. v. Strother*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177 (S.C.C.), (a case which both parties rely on as authority for the extent of the duties of lawyers to their clients where there is a conflict of interest), it appears to me that the nature of the relationship between Mr. Galambos and Ms. Perez and the trust and confidence that formed between them cannot be fully encompassed or explained by their interactions as solicitor and client. I agree with the trial judge that although it was reasonable for [Ms. Perez] to expect the firm to offer its services for certain discrete transactions, it was not implicit as a term of her employment that the firm would provide free legal services on all matters or act as her lawyer generally. Even if this were the case, I question whether that alone would constitute a sufficient basis on which to impose fiduciary obligations. As the trial judge noted, it is common practice for law firms to act for their employees on discrete, simple matters. Generally speaking, acting on such discrete matters would not alone found a fiduciary relationship giving rise to fiduciary obligations in all dealings with all such employees. [para. 48]

[39] I am not persuaded that there is any basis to interfere with the trial judge's conclusion, endorsed by the Court of Appeal, that the retainers were unrelated to the cash advances and that no obligation arose on the part of Mr. Galambos and his firm to act solely in Ms. Perez's interest in relation to the advances. I conclude that the judge did not err in finding that there had been no breach of the *per se*

conclu, sur le fondement d'une preuve contradictoire, que les conditions d'emploi de M^{me} Perez ne comprenaient pas la prestation à son intention de tout service juridique nécessaire et que les avances de fonds ne s'inscrivaient d'aucune façon dans les modalités des mandats précis et limités que le cabinet avait exécutés pour elle. La Cour d'appel en a convenu. Selon elle, les obligations fiduciaires ayant pu découler de la relation avocat-client restreinte ne touchaient pas les avances de fonds. Comme la Cour d'appel l'a indiqué :

[TRADUCTION] Il y a bien eu une relation avocat-client entre les parties à certains moments et pour certaines fins, mais je doute que cet aspect de leurs rapports ait pu, à lui seul, produire des obligations fiduciaires en l'espèce. Contrairement à la situation qui existait dans *3464920 Canada Inc. c. Strother*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177 (C.S.C.) (arrêt que les deux parties ont cité à l'appui de leur argumentation au sujet de l'étendue des obligations des avocats envers leurs clients en cas de conflit d'intérêts), la nature de la relation entre M. Galambos et M^{me} Perez ainsi que le lien de confiance qui s'est établi entre eux débordaient du rapport d'avocat à client et ne pouvaient être entièrement expliqués dans ce cadre. Je partage l'avis du juge de première instance que [M^{me} Perez] pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le cabinet lui fournisse ses services et se charge de certaines transactions simples, mais que ses conditions d'emploi ne prévoyaient pas implicitement que le cabinet assumerait à titre gracieux un mandat général de représentation à son égard ou lui fournirait sur toute question des services juridiques gratuits. Et même si tel avait été le cas, je doute que cela puisse en soi fonder l'application d'obligations fiduciaires. Comme l'a indiqué le juge de première instance, il est d'usage que les cabinets d'avocats représentent ponctuellement leurs employés dans des dossiers simples. De façon générale, l'exécution de tels mandats ne saurait à elle seule instaurer une relation fiduciaire donnant naissance à des obligations fiduciaires visant l'ensemble des rapports avec les employés. [par. 48]

[39] On ne m'a pas convaincu qu'il serait justifié d'intervenir à l'égard de la conclusion du juge de première instance, entérinée par la Cour d'appel, selon laquelle, d'une part, les mandats n'avaient aucun lien avec les avances de fonds et, d'autre part, M. Galambos et son cabinet n'étaient pas tenus d'agir dans le seul intérêt de M^{me} Perez relativement à ces avances. Je suis d'avis que le juge

fiduciary obligations that arose from the solicitor-client relationship.

d. *Conclusion on Solicitor-Client Issues*

[40] In my view, the trial judge did not err by dismissing Ms. Perez's claims in negligence, contract and breach of fiduciary duty arising from the solicitor-client relationship between her and the firm.

2. Other Contractual Claims

[41] Two paragraphs of Ms. Perez's factum are devoted to two other contractual claims: the first relating to an alleged breach of employment contract and the second to an alleged breach of a "covenant to repay" the advances. I will address each in turn.

a. *Employment Contract*

[42] While Ms. Perez's submissions on this point are not easy to follow, the point appears to be that the firm breached an implied obligation under Ms. Perez's employment contract not to undermine the trust and confidence of the employment relationship. The question of whether there was an obligation of trust and confidence arising in the particular circumstances of the parties' relationship will be addressed in the next section of my reasons. I do not discern in Ms. Perez's submissions any other independent alleged breach of the employment contract.

b. *Covenant to Repay*

[43] Ms. Perez submits that she is entitled to, but did not receive, a judgment in debt against the appellant law corporation. While Mr. Galambos is personally shielded from any action in debt under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, she submits that a judgment in debt should issue against the

de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il n'y avait pas eu manquement aux obligations fiduciaires en soi découlant de la relation avocat-client.

d. *Les conclusions relatives à la relation avocat-client*

[40] Selon moi, c'est à bon droit que le juge de première instance a rejeté les prétentions de M^{me} Perez fondées sur la négligence, sur un contrat et sur le manquement aux obligations fiduciaires découlant de la relation avocat-client entre elle et le cabinet d'avocats.

2. Les autres prétentions d'ordre contractuel

[41] Deux paragraphes du mémoire de M^{me} Perez portent sur deux autres prétentions de nature contractuelle. Elle y allègue premièrement le non-respect de son contrat de travail et, deuxièmement, le manquement à un [TRADUCTION] « engagement de rembourser » les avances. J'examinerai chacune de ces prétentions.

a. *Le contrat de travail*

[42] Bien que l'argumentation de M^{me} Perez sur ce point soit difficile à suivre, je crois comprendre que, selon elle, le cabinet n'aurait pas respecté une obligation implicite découlant de son contrat de travail, soit de ne pas miner le lien de confiance créé par la relation d'emploi. J'examinerai dans la prochaine section des présents motifs la question de savoir si la relation des parties, en l'espèce, a fait naître une obligation de respecter un lien de confiance. Je ne relève, dans l'argumentation de M^{me} Perez, aucune autre allégation distincte de violation du contrat d'emploi.

b. *L'engagement de rembourser*

[43] M^{me} Perez soutient que sa demande en recouvrement de créance contre le cabinet aurait dû être accueillie. Bien que, en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, M. Galambos soit personnellement à l'abri de toute action visant le paiement d'une dette, elle fait valoir que le

firm, which, so far as may be ascertained from the record in this Court, has not obtained the same protection.

[44] The fact of the debt is not disputed and it appears that the Amended Statement of Claim includes language which may be broad enough to include this claim (Appellants' Record, p. 80, at para. 12). While the law corporation, we are told, is defunct and without assets, Ms. Perez's counsel mentioned during oral argument that a judgment against the firm might have some impact on the question of costs.

[45] This issue is mentioned in neither of the judgments below; the trial judge's order dismissed all claims and awarded scale 3 costs to April 24, 2006 and double scale 3 costs thereafter, and the Court of Appeal set aside this order, gave Ms. Perez judgment for \$200,000, prejudgment interest and costs of the trial and the appeal. It was, therefore, not necessary for it to consider the debt claim or the trial judge's costs award.

[46] There is at least some basis to think, therefore, that Ms. Perez may be entitled to the judgment she seeks against the firm for debt and that such a judgment might have some practical value to her. However, the question has not been addressed below and the record and arguments in this Court are too sparse to allow me to resolve the matter confidently. As there appears to be no dispute about the existence of the debt to the corporation, it may well be that the parties can sort out for themselves what, if any, costs consequences should flow from it. However, if they cannot, I would, out of an abundance of caution, remand, pursuant to s. 46.1 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, to the British Columbia Court of Appeal the questions of whether a judgment in debt in Ms. Perez's favour should issue and, if so, its impact, if any, on the costs ordered at trial and on the appeal to the Court

cabinet, ne jouissant pas de cette protection selon ce qui ressort jusqu'à présent du dossier de la Cour, devrait être condamné au paiement de la dette.

[44] Personne ne conteste l'existence de la dette, et le libellé de la déclaration modifiée pourrait être assez large pour englober une telle prétention (dossier des appelants, p. 80, par. 12). Bien que, selon les informations qui ont été transmises, le cabinet ait cessé d'exister et ne possède plus d'actif, l'avocat de M^{me} Perez a indiqué dans sa plaidoirie que le prononcé d'un jugement contre le cabinet pourrait influencer sur la question des dépens.

[45] Aucun jugement des instances inférieures n'aborde cette question : le juge de première instance a rejeté toutes les prétentions et il a attribué, pour la période se terminant le 24 avril 2006, les dépens prévus au troisième niveau du tarif et, par la suite, le double des dépens prévus à ce niveau; la Cour d'appel a, quant à elle, annulé cette ordonnance, ordonné le versement de 200 000 \$ à M^{me} Perez en plus des intérêts avant jugement et octroyé les dépens en première instance et en appel. Il était donc inutile qu'elle se penche sur la demande en recouvrement de créance ou sur la décision du juge de première instance quant aux dépens.

[46] La prétention selon laquelle M^{me} Perez pourrait avoir droit au jugement qu'elle sollicite contre le cabinet pour recouvrement de créance et qu'un tel jugement pourrait avoir une incidence sur le plan pratique n'est donc pas totalement dénué de fondement. Cette question n'a toutefois pas été examinée par les tribunaux d'instance inférieure et le dossier ainsi que les arguments portés à notre attention ne sont pas suffisamment étoffés pour me permettre de statuer sur cette question sans crainte de me tromper. L'existence de la dette du cabinet n'étant pas contestée, il est fort possible que les parties puissent convenir de l'incidence, le cas échéant, que devrait avoir cette dette sur les dépens. Toutefois, si elles ne sont pas en mesure de s'entendre, je renverrais l'affaire, par souci de prudence, à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en vertu de l'art. 46.1 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26,

of Appeal now that her appeal in all other respects has been dismissed in this Court.

3. Summary of Conclusions With Respect to the Respondent's Issues

[47] I conclude that Ms. Perez's claims fail with respect to alleged breaches within the solicitor-client relationship and her contract of employment. Subject to any agreement among the parties, I would remand to the Court of Appeal the questions of whether she ought to have judgment in debt against the Michael Z. Galambos Law Corporation and, if so, whether that judgment has any impact on the disposition of costs in the courts below.

B. *Appellants' Issues*

[48] The appellants' issues address the holding of the Court of Appeal. As noted, it held, reversing the trial judge, that the particular circumstances of the relationship between Ms. Perez and Mr. Galambos and his firm gave rise to what may be called an *ad hoc* fiduciary duty. This means that apart from the categories of relationships to which fiduciary obligations are innate, such obligations may arise as a matter of fact out of the specific circumstances of a particular relationship: see, e.g., *Lac Minerals*, at p. 648; *Hodgkinson*, at p. 409. The existence of the fiduciary obligation is thus primarily a question of fact to be determined by examining the specific facts and circumstances: *Lac Minerals*, at p. 648.

[49] This is an important point in relation to the standard of appellate review. Absent an error of law or a palpable and overriding error of fact, the trial judge's conclusion that a fiduciary duty did not exist must be upheld on appeal: *Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6,

pour qu'elle se prononce sur la question de savoir si un jugement prescrivant le paiement de la dette devrait être prononcé en faveur de M^{me} Perez et, dans l'affirmative, sur l'incidence de ce jugement, s'il en est, sur les dépens accordés au procès et en appel devant la Cour d'appel, compte tenu du rejet par la Cour de son pourvoi à tous autres égards.

3. Résumé des conclusions concernant la position de l'intimée

[47] Je conclus au rejet des demandes de M^{me} Perez concernant les manquements reprochés dans le contexte de la relation avocat-client et de son contrat d'emploi. Sous réserve d'une entente entre les parties, je renverrais l'affaire à la Cour d'appel afin qu'il soit statué sur la question de savoir si l'intimée a droit à un jugement pour remboursement de dette contre Michael Z. Galambos Law Corporation et, dans l'affirmative, sur celle de savoir si ce jugement a des incidences sur l'octroi des dépens devant les cours d'instance inférieure.

B. *La position des appelants*

[48] Les questions soulevées par les appelants concernent les conclusions de la Cour d'appel. Je le répète, cette dernière a conclu dans son jugement infirmant celui du juge de première instance que le contexte particulier de la relation entre M^{me} Perez, d'une part, et M. Galambos et son cabinet, d'autre part, avait donné lieu à ce qu'on peut appeler une obligation fiduciaire *ad hoc*. Cela suppose que, outre les obligations fiduciaires inhérentes à certains types de relations, il peut en exister qui découlent des circonstances particulières propres à une relation donnée : voir, p. ex., *Lac Minerals*, p. 648; *Hodgkinson*, p. 409. L'existence de l'obligation fiduciaire est donc avant tout une question de fait à déterminer par l'examen des faits et des circonstances : *Lac Minerals*, p. 648.

[49] Cette assertion a d'importantes incidences sur la norme de contrôle applicable en appel. En l'absence d'une erreur de droit ou d'une erreur de fait manifeste et dominante, la décision du juge de première instance qui conclut à l'absence d'obligation fiduciaire doit être maintenue en appel :

[2009] 1 S.C.R. 157, at para. 13; *Hodgkinson*, at pp. 425-26. As La Forest J. put it in *Hodgkinson*, at p. 426, this principle of non-intervention on appeal “is not merely cautionary; it is a rule of law. Failing a manifest error, an appellate court simply has no jurisdiction to interfere with the findings and conclusions of fact of a trial judge.”

[50] The core of the Court of Appeal’s reasoning consists of three points, two of which are expressly set out and the third of which is implied. The explicit points are, first, that a “power-dependency” relationship existed between Ms. Perez and Mr. Galambos and second, that in such relationships, fiduciary duties may arise simply on the basis of the reasonable expectations of the weaker party and without any mutual understanding of both parties that one must act in the interests of the other. The third point arises by implication because the court appears to have accepted the proposition, without expressly stating it, that a fiduciary duty may arise even though the fiduciary has no discretionary power to affect the other party’s legal or important practical interests.

[51] The appellants challenge each of these points. For reasons which I will develop, I agree that the Court of Appeal erred in these three respects.

1. Was There a Power-Dependency Relationship?

[52] The Court of Appeal found that the parties’ relationship in this case was similar in nature to the “power-dependency” relationship found in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226. By the term “power-dependency” relationship, I understand the Court of Appeal to have meant that Mr. Galambos had gained a position of overriding power or influence over Ms. Perez: see *Hodgkinson*, at p. 411; *Mustaji*

Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc., 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157, par. 13; *Hodgkinson*, p. 425-426. Comme le juge La Forest l’a dit dans *Hodgkinson*, à la p. 426, ce principe de non-intervention en appel « ne constitue pas simplement une mise en garde; c’est une règle de droit. À moins d’une erreur manifeste, une cour d’appel n’est tout simplement pas compétente pour modifier les conclusions de fait d’un juge de première instance. »

[50] Trois conclusions servent d’assise au raisonnement de la Cour d’appel : les deux premières ressortent explicitement de ses motifs alors que la troisième est implicite. La Cour d’appel reconnaît en premier lieu l’existence d’un rapport « de force et de dépendance » entre M^{me} Perez et M. Galambos et, en deuxième lieu, que dans de tels rapports, les obligations fiduciaires peuvent découler simplement des attentes raisonnables de la partie la plus vulnérable sans qu’il soit nécessaire que les parties aient mutuellement convenu que l’une doit agir dans l’intérêt de l’autre. En troisième lieu, sans le préciser en termes exprès — d’où le caractère implicite de ce point — la Cour d’appel semble accepter la proposition selon laquelle une obligation fiduciaire peut exister même si le fiduciaire n’est pas investi du pouvoir discrétionnaire d’influer sur les intérêts juridiques de l’autre partie ou sur des questions ayant des conséquences pratiques importantes pour celle-ci.

[51] Les appelants contestent chacun de ces points. Pour des motifs que je préciserai, je suis d’avis que le jugement de la Cour d’appel est erroné à ces trois égards.

1. Y avait-il un rapport de force et de dépendance?

[52] La Cour d’appel a conclu que le rapport entre les parties, en l’espèce, s’apparentait au rapport « de force et de dépendance » qui existait entre les parties dans *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226. Je crois que, en utilisant le terme rapport « de force et de dépendance », la Cour d’appel a voulu indiquer que M. Galambos avait acquis une position de force ou d’influence prépondérantes sur

v. *Tjin* (1995), 24 C.C.L.T. (2d) 191 (B.C.S.C.), aff'd (1996), 25 B.C.L.R. (3d) 220 (C.A.). As the Court of Appeal put it, at para. 50: "As [Ms. Perez's] employer, [Mr. Galambos] was in a position of power and influence relative to [Ms. Perez]. It is clear from the circumstances that [Ms. Perez] looked up to Mr. Galambos and expected that he would look out for her best interests as a result of the nature of their relationship."

[53] This conclusion is directly at odds with the clear findings of fact at trial. In effect, the Court of Appeal retried the case on the basis of the written record and substituted its view of the facts and their significance for that of the trial judge. This, respectfully, was not the court's function on appeal and it erred in law by doing so.

[54] The trial judge found that Ms. Perez was not vulnerable in terms of her relationship with Mr. Galambos, that she had not relinquished her decision-making power with respect to the loans to Mr. Galambos and that he had no discretion over her interests that he was able to exercise unilaterally or otherwise (paras. 45-46). He found (at paras. 45-46, 54 and 63) that:

- Ms. Perez was well educated and well experienced in dealing with successful, busy lawyers;
- she was as knowledgeable and probably more knowledgeable than Mr. Galambos about most aspects of the firm's financial affairs;
- she was not, as a result of their relative position or her respect for Mr. Galambos, vulnerable to him;
- the evidence did not establish that Ms. Perez relinquished her decision-making power with respect to the loans to Mr. Galambos;

M^{me} Perez : voir *Hodgkinson*, p. 411; *Mustaji c. Tjin* (1995), 24 C.C.L.T. (2d) 191 (C.S.C.-B.), conf. par (1996), 25 B.C.L.R. (3d) 220 (C.A.). Comme le dit la Cour d'appel au par. 50 : [TRADUCTION] « En tant qu'employeur de [M^{me} Perez], [M. Galambos] jouissait d'une position de force et d'influence sur [elle]. Il ressort clairement des faits que [M^{me} Perez] admirait M. Galambos et qu'elle s'attendait à ce qu'il protège ses intérêts compte tenu de la nature de leur relation. »

[53] Cette conclusion est parfaitement contraire aux conclusions de fait claires du juge de première instance. La Cour d'appel a ainsi refait le procès sur la foi du dossier et substitué son appréciation des faits et de leur importance à celle du juge de première instance. Soit dit en toute déférence, elle a outrepassé son rôle et, ce faisant, commis une erreur de droit.

[54] Le juge de première instance a conclu que M^{me} Perez n'était pas en situation de vulnérabilité dans sa relation avec M. Galambos, qu'elle n'avait pas renoncé à son pouvoir décisionnel en ce qui concerne les prêts qu'elle lui a consentis et qu'il n'avait pas de pouvoir discrétionnaire susceptible d'être exercé unilatéralement ou autrement en vue d'influer sur ses intérêts (par. 45-46). Voici les conclusions du juge Rice (par. 45-46, 54 et 63) :

- M^{me} Perez était instruite et avait l'habitude de travailler avec des avocats prospères et très actifs;
- elle connaissait aussi bien, sinon plus, que M. Galambos la situation financière du cabinet;
- elle n'était pas, compte tenu de leurs rôles respectifs ou du respect que lui inspirait M. Galambos, en situation de vulnérabilité par rapport à lui;
- aucun élément de preuve ne permet de conclure que M^{me} Perez a renoncé à son pouvoir décisionnel en ce qui concerne les prêts consentis à M. Galambos;

- Mr. Galambos had no discretion over her interests that he was able to exercise unilaterally or otherwise;
- M. Galambos n'avait pas de pouvoir discrétionnaire sur ses intérêts susceptible d'être exercé unilatéralement ou autrement en vue d'influer sur ses intérêts;
- aside from the limited retainers for routine legal services, their relationship was one of friendship between employer and employee which gave rise to a creditor-debtor relationship;
- mis à part les mandats de portée restreinte pour des services juridiques courants, ils avaient, en tant qu'employeur employé, des rapports amicaux ayant donné lieu à une relation créancier-débiteur;
- there was never any suggestion that Ms. Perez's employment evaluations or prospects would be affected in any way by the loans or by any refusal to make them;
- on n'a jamais laissé entendre à M^{me} Perez que le fait d'accorder ou de refuser un prêt influencerait sur ses évaluations ou sur ses perspectives d'avenir;
- there was no evidence that Mr. Galambos made any efforts to impose his will on Ms. Perez or to convince her to act against her wishes, to appeal to her sympathy or to cultivate hero-worship or subservience on her part.
- aucun élément de preuve ne permet de conclure que M. Galambos a tenté de quelque façon que ce soit d'imposer sa volonté à M^{me} Perez ou de la convaincre d'agir contre son gré, ou a tenté de faire appel à sa sympathie ou de cultiver son admiration ou sa soumission.

[55] The trial judge specifically rejected Ms. Perez's contention that due to the power dynamics of their relationship she was simply unable to refuse requests for loans. There was no evidence accepted by the trial judge of any express requests for loans, which makes it illogical to conclude that Ms. Perez was unable to refuse requests when there were in fact none. Moreover, the trial judge was not persuaded on the balance of probabilities that Mr. Galambos's instructions to "do something" when advised of cash flow problems were, or could reasonably have been understood by Ms. Perez as pressure on her to loan her personal funds, a course she frequently took without any solicitation or, in some instances, any knowledge on Mr. Galambos's part (para. 54).

[55] Le juge de première instance a expressément rejeté la prétention de M^{me} Perez selon laquelle, en raison du rapport de force entre elle et son employeur, elle était tout simplement incapable de refuser d'accorder les prêts demandés. De fait, rien dans la preuve admise au procès ne permet de conclure qu'on lui aurait expressément demandé de prêter des sommes d'argent, de sorte qu'il serait illogique de conclure que M^{me} Perez n'était pas en mesure de refuser de donner suite à des demandes, alors que, en fait, elles n'ont jamais existé. De plus, le juge de première instance n'a pas estimé qu'il avait été démontré, selon la prépondérance des probabilités, que les instructions concernant la nécessité de [TRADUCTION] « faire quelque chose » données par M. Galambos lorsqu'il a été mis au courant des problèmes de liquidités constituaient un moyen d'exercer des pressions, ou pouvaient raisonnablement être interprétées comme tel par M^{me} Perez, pour qu'elle prête des sommes provenant de ses fonds personnels, ce qu'elle a d'ailleurs fait à plusieurs reprises sans avoir été sollicitée et, dans certains cas, sans que M. Galambos ne soit même au courant (par. 54).

[56] The trial judge's findings do not support the existence of the parallel that the Court of Appeal found between this case and power-dependency cases such as *Norberg* and *Mustaji*. *Norberg* involved an aging physician extorting sex for drugs from a young woman addicted to prescription drugs. *Mustaji* involved a claim by a nanny brought to Canada under the Foreign Domestic Movement Program. There were findings of fact that the defendants had taken over her affairs concerning her immigration and employment in Canada, that they had the opportunity to exercise power or discretion over her, were capable of using that power or discretion without her knowledge or consent so as to affect her legal and practical interests and that she was especially vulnerable to that exercise of discretion and control: see reasons of Vickers J., at para. 27, and reasons of the Court of Appeal, at para. 12. The trial judge in the present case found nothing of this sort.

[57] The trial judge addressed Ms. Perez's argument that she advanced funds relying on and trusting Mr. Galambos's assurances that the firm's finances would turn around and that there were some major files coming to him. As noted earlier, the trial judge found as facts that she did not rely on these alleged statements, that she knew that the financial circumstances of the firm were not improving, that the influx of new legal work was speculative and that the potential for large amounts of contingency fees was exaggerated. As the judge put it, "both Mr. Galambos and [Ms.] Perez shared a hope for better times to come and blinded themselves to the true situation" (para. 53). Moreover, the judge also found that even if Ms. Perez had in fact relied on Mr. Galambos's general statements to the effect that things would turn around, her reliance was not reasonable. As the judge put it, "[a] reasonable person in [Ms. Perez's] position would not have relied on [these statements], given especially her personal knowledge of the state of Mr. Galambos's financial affairs.

[56] Les conclusions du juge de première instance n'étaient pas le parallèle que la Cour d'appel dresse entre la présente affaire et celles qui traitent d'un rapport de force et de dépendance, comme les affaires *Norberg* et *Mustaji*. Dans l'arrêt *Norberg*, il était question d'un médecin âgé qui extorquait d'une jeune femme souffrant de pharmacodépendance des rapports sexuels en échange de médicaments. *Mustaji* traite d'une poursuite intentée par une gouvernante venue au Canada dans le cadre du Programme concernant les employés de maison étrangers. Des conclusions de fait portaient que les défendeurs avaient pris en charge ses dossiers d'immigration et d'emploi au Canada, qu'ils possédaient un pouvoir discrétionnaire sur elle, qu'ils étaient en mesure de l'exercer à son insu ou sans son consentement de façon à influencer sur ses intérêts juridiques et pratiques et que, en ce qui concerne l'exercice de tel pouvoir discrétionnaire ou contrôle, elle était particulièrement vulnérable : voir les motifs du juge Vickers, au par. 27, et les motifs de la Cour d'appel, au par. 12. En l'espèce, le juge de première instance n'a tiré aucune conclusion de cette nature.

[57] Le juge de première instance a examiné l'argument de M^{me} Perez selon lequel elle avait avancé des sommes d'argent parce que M. Galambos lui avait donné l'assurance que la situation financière du cabinet s'améliorerait et que des dossiers importants lui seraient confiés prochainement. Comme il a déjà été signalé, le juge de première instance a conclu que M^{me} Perez ne s'était pas fiée à ces prétendues déclarations, qu'elle savait que la situation financière du cabinet ne s'améliorerait pas, que l'obtention de nouveaux mandats relevait de la conjecture et qu'on surestimait les chances d'obtenir d'importants honoraires conditionnels. Comme le juge l'a dit [TRADUCTION] « tant M. Galambos que M^{me} Perez nourrissaient l'espoir que la situation s'améliore et tous deux ont fermé les yeux sur la situation réelle du cabinet » (par. 53). En outre, le juge a conclu que si M^{me} Perez s'était effectivement fiée aux déclarations générales de M. Galambos selon lesquelles les choses s'amélioreraient, cette attitude n'était pas raisonnable. Comme le juge le précise [TRADUCTION] « [u]ne personne raisonnable, dans

She probably had more knowledge than he” (para. 52).

[58] The Court of Appeal, however, found that the judge’s finding of fact that Ms. Perez was not vulnerable to Mr. Galambos was unreasonable. The court based its reversal of the trial judge on this point on the facts that Mr. Galambos had superior legal knowledge and experience, that he understood when professional advice was needed with respect to his financial affairs, that Ms. Perez looked up to and trusted him, that there was a power imbalance in their relationship and that Ms. Perez’s conduct could not be explained on the basis of simple friendship (paras. 50 and 64-65).

[59] Respectfully, the reasons of the Court of Appeal disclose no basis for appellate intervention. The most that may be said is that the considerations identified by the Court of Appeal could plausibly sustain more than one conclusion about Ms. Perez’s vulnerability. The Court of Appeal identified no finding of fact relevant to the judge’s conclusion on this point that was both clearly wrong and determinative of the result. Rather, the Court of Appeal simply drew different inferences from the evidence than the ones drawn by the trial judge. This was not a proper basis for appellate reversal of his findings. The Court of Appeal ought not to have interfered with the judge’s finding that Ms. Perez was not vulnerable to Mr. Galambos.

[60] The Court of Appeal also found that the judge erred by concluding that any reliance by Ms. Perez on Mr. Galambos’s statements that things would turn around was unreasonable. The court reasoned that Mr. Galambos was in the best position to assess the prospects of the firm and that Ms. Perez had no means of knowing whether the flow of work from the Department of Justice would again increase. On this basis, the court found the judge’s conclusion to

la position de [M^{me} Perez], ne se serait pas fiée à [ces déclarations], d’autant plus qu’elle connaissait bien la situation financière de M. Galambos. Elle la connaissait probablement mieux que lui » (par. 52).

[58] La Cour d’appel a toutefois jugé que la conclusion de fait du juge de première instance selon laquelle M^{me} Perez n’était pas en situation de vulnérabilité par rapport à M. Galambos était déraisonnable. Sur ce point, elle s’est appuyée sur le fait que M. Galambos avait une meilleure connaissance des questions juridiques et une plus grande expérience en la matière, qu’il savait quand il devait avoir recours à l’avis de professionnels concernant ses affaires financières, que M^{me} Perez l’admirait et lui accordait sa confiance, qu’il y avait un déséquilibre des forces entre eux et que leur amitié ne pouvait à elle seule expliquer la conduite de M^{me} Perez (par. 50 et 64-65).

[59] En toute déférence, les motifs de la Cour d’appel ne font état d’aucune raison justifiant l’intervention en appel. Tout ce que l’on peut conclure c’est que les considérations identifiées par la Cour d’appel auraient vraisemblablement pu justifier des conclusions divergentes quant à la vulnérabilité de M^{me} Perez. Aucune conclusion de fait formulée par le juge de première instance à cet égard n’a été jugée à la fois erronée et déterminante par la Cour d’appel. De fait, cette dernière a simplement tiré, à partir de la preuve, des inférences différentes de celles tirées par le juge de première instance. Cela ne permettait pas à la Cour d’appel d’infirmes les conclusions du juge : elle n’aurait pas dû modifier la conclusion du juge selon laquelle M^{me} Perez n’était pas en situation de vulnérabilité par rapport à M. Galambos.

[60] La Cour d’appel a également conclu que le juge de première instance a commis une erreur en concluant qu’il était déraisonnable d’accorder du poids au fait que M^{me} Perez se serait fiée aux déclarations de M. Galambos indiquant que la situation s’améliorerait. Elle a estimé que M. Galambos était mieux en mesure d’évaluer les perspectives d’avenir du cabinet et que M^{me} Perez ne pouvait savoir si le nombre des dossiers provenant du ministère

be “plainly wrong” (para. 61) and this error was part of the justification for appellate intervention. However, there are two difficulties with the Court of Appeal’s approach to this issue.

[61] First, the trial judge found as a fact that Ms. Perez did not rely on these statements (para. 53) and the Court of Appeal did not directly take issue with this finding. This makes hypothetical and irrelevant the question of whether such reliance, had it occurred, would have been reasonable; any error by the judge on this hypothetical question provides no basis for interfering with his decision. Second, even if an error on this point were pertinent to the result, the reasons of the Court of Appeal disclose no clear and determinative error in the judge’s holding to the effect that any reliance would have been unreasonable. Once again, the Court of Appeal in my respectful view substituted its reading of the record for the trial judge’s findings. This was not its role.

[62] In summary, the trial judge’s findings of fact should not have been disturbed on appeal and those findings do not support the Court of Appeal’s conclusion that there was a “power-dependency” relationship between Ms. Perez and Mr. Galambos.

2. Mutual Understanding or Undertaking by the Fiduciary

[63] The Court of Appeal held that, in the case of a “power-dependency” relationship, a fiduciary duty may arise even in the absence of a mutual understanding that one party would act only in the interests of the other. Respectfully, I do not agree.

de la Justice allait à nouveau augmenter. Sur cette base, la cour a statué que la conclusion du juge de première instance était [TRADUCTION] « manifestement erronée » (par. 61), et cette erreur compte parmi les raisons ayant amené la Cour d’appel à intervenir. Toutefois, l’approche de la Cour d’appel est problématique à deux égards.

[61] En premier lieu, le juge de première instance a constaté que M^{me} Perez ne s’était pas appuyée sur les déclarations susmentionnées (par. 53) et la Cour d’appel n’a pas directement remis cette conclusion en question. Il s’ensuit que la question de savoir s’il aurait été raisonnable qu’elle s’appuie sur ces déclarations, si elle l’avait fait, relève de la conjecture et est sans pertinence; une erreur touchant à cette question hypothétique ne saurait donc constituer une raison de modifier la décision. En second lieu, à supposer qu’une erreur à cet égard puisse avoir une incidence sur le résultat, il demeure que rien dans les motifs de la Cour d’appel ne donne à penser que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et déterminante en concluant qu’il aurait été déraisonnable de prendre en considération les déclarations en question. Je le répète, à mon humble avis, la Cour d’appel a substitué son interprétation des faits aux conclusions du juge de première instance. Tel n’était pas son rôle.

[62] En bref, les conclusions de fait du juge de première instance n’auraient pas dû être modifiées en appel et ces conclusions ne permettent pas à la Cour d’appel de conclure qu’il existait un rapport « de force et de dépendance » entre M^{me} Perez et M. Galambos.

2. Entente mutuelle ou engagement du fiduciaire

[63] La Cour d’appel a statué que, en présence d’un rapport « de force et de dépendance », une obligation fiduciaire peut prendre naissance même en l’absence d’entente mutuelle des parties portant que l’une d’elles agira uniquement dans l’intérêt de l’autre. En toute déférence, je ne suis pas d’accord.

[64] Relying on *Hodgkinson*, the trial judge held that in order to find an *ad hoc* fiduciary duty, there must be a mutual understanding between the fiduciary and the beneficiary that the fiduciary party has relinquished his or her own self-interest and agreed to act solely on behalf of the beneficiary (para. 43). The judge concluded that there was no such mutual understanding here (para. 46). The Court of Appeal, on the other hand, held that as the relationship between Mr. Galambos and Ms. Perez was one of “power-dependency”, there need not be a mutual understanding that one party has relinquished his or her own self-interest and undertaken to act in the interests of the other (para. 43). According to the Court of Appeal, what is required in the case of power-dependency relationships is proof of an expectation on the part of the plaintiff, which is reasonable in all of the circumstances, that the defendant would act in his or her best interests (para. 43). It found Ms. Perez to have such a reasonable expectation (paras. 60-65).

[65] The appellants challenge this conclusion, submitting that one party’s reasonable expectation is not sufficient and that there must be a mutual understanding that the fiduciary has undertaken to act only in the interests of the other party. Ms. Perez seeks to uphold the Court of Appeal’s decision, arguing that equity is inherently flexible and that a reasonable expectation is enough in a power-dependency relationship.

[66] In my view, while a mutual understanding may not always be necessary (a point we need not decide here), it is fundamental to *ad hoc* fiduciary duties that there be an undertaking by the fiduciary, which may be either express or implied, that the fiduciary will act in the best interests of the other party. In other words, while it may not be necessary for the beneficiary in all cases to consent to this undertaking, it is clearly settled that the undertaking itself is fundamental to the existence of an *ad hoc* fiduciary relationship. To explain why I have reached this conclusion, I need to go back to some basic principles of fiduciary law.

[64] S’appuyant sur l’arrêt *Hodgkinson*, le juge de première instance a statué que pour conclure à l’existence d’une obligation fiduciaire *ad hoc*, le bénéficiaire et le fiduciaire doivent avoir mutuellement convenu que ce dernier renonçait à agir dans son propre intérêt et acceptait d’agir seulement pour le compte de l’autre (par. 43). Le juge de première instance a conclu qu’il n’y avait pas d’entente à cet effet en l’espèce (par. 46). La Cour d’appel, quant à elle, a statué que, vu l’existence entre M. Galambos et M^{me} Perez d’un rapport « de force et de dépendance », il n’était pas nécessaire qu’il existe une entente portant qu’une partie a renoncé à agir dans son propre intérêt et s’est engagée à agir dans l’intérêt de l’autre (par. 43). Selon la Cour d’appel, en présence d’un rapport de force et de dépendance, il faut prouver que le plaignant s’attendait à ce que le défendeur agisse au mieux de ses intérêts et que cette attente était raisonnable dans les circonstances (par. 43). Elle a conclu que M^{me} Perez avait une telle attente raisonnable (par. 60-65).

[65] Les appelants contestent cette conclusion en faisant valoir que l’attente raisonnable d’une partie ne suffit pas et qu’il faut être en présence d’une entente mutuelle des parties selon laquelle le fiduciaire s’est engagé à agir uniquement dans l’intérêt de l’autre partie. M^{me} Perez cherche pour sa part à faire confirmer le jugement de la Cour d’appel en soutenant que l’équité est intrinsèquement souple et qu’une attente raisonnable suffit dans le contexte d’un rapport de force et de dépendance.

[66] À mon avis, bien qu’une entente mutuelle puisse ne pas être nécessaire dans tous les cas (une question que nous n’avons pas à trancher en l’espèce), l’existence d’un engagement, exprès ou implicite, du fiduciaire d’agir au mieux des intérêts de l’autre partie est une condition préalable essentielle à l’existence d’obligations fiduciaires *ad hoc*. En d’autres termes, même s’il peut ne pas être nécessaire dans tous les cas que le bénéficiaire accepte l’engagement, il est clairement établi que l’engagement comme tel est essentiel à l’existence d’une relation fiduciaire *ad hoc*. Pour expliquer les raisons m’ayant amené à cette conclusion, je dois rappeler quelques principes fondamentaux régissant le droit des fiducies.

a. *Some Basic Principles*

[67] An important focus of fiduciary law is the protection of one party against abuse of power by another in certain types of relationships or in particular circumstances. However, to assert that the protection of the vulnerable is the role of fiduciary law puts the matter too broadly. The law seeks to protect the vulnerable in many contexts and through many different doctrines. As La Forest J. noted in *Hodgkinson*, at p. 406: “[W]hereas undue influence focuses on the sufficiency of consent and unconscionability looks at the reasonableness of a given transaction, the fiduciary principle monitors the abuse of a loyalty reposed” (emphasis added). This brief sentence makes two important points which help sharpen the focus on the role of fiduciary law.

[68] The first is that fiduciary law is more concerned with the position of the parties that *results from* the relationship which gives rise to the fiduciary duty than with the respective positions of the parties *before* they enter into the relationship. La Forest J. in *Hodgkinson*, at p. 406, made this clear by approving these words of Professor Ernest J. Weinrib: “It cannot be the *sine qua non* of a fiduciary obligation that the parties have disparate bargaining strength. . . . In contrast to notions of conscionability, the fiduciary relation looks to the relative position of the parties that results from the agreement rather than the relative position that precedes the agreement” (“The Fiduciary Obligation” (1975), 25 *U.T.L.J.* 1, at p. 6). Thus, while vulnerability in the broad sense resulting from factors external to the relationship is a relevant consideration, a more important one is the extent to which vulnerability arises from the relationship: *Hodgkinson*, at p. 406.

[69] The second is that a critical aspect of a fiduciary relationship is an undertaking of loyalty: the fiduciary undertakes to act in the interests of the other party. This was put succinctly by McLachlin J. in *Norberg*, at p. 273, when she said that “fiduciary relationships . . . are always dependent on the fiduciary’s undertaking to act in the beneficiary’s

a. *Quelques principes fondamentaux*

[67] Le droit des fiducies se préoccupe notamment de la protection d’une partie contre l’exercice abusif du pouvoir par une autre partie dans certains types de relations ou dans des circonstances particulières. Toutefois, on donne une portée trop large au droit des fiducies si on affirme qu’il vise à protéger la partie ou les personnes vulnérables. Le droit vise à protéger les personnes vulnérables dans divers contextes et grâce à différentes doctrines. Comme le juge La Forest l’a souligné dans *Hodgkinson*, à la p. 406 : « [A]lors que l’abus d’influence porte sur la suffisance du consentement et que l’iniquité porte sur le caractère raisonnable d’une opération donnée, le principe fiduciaire s’intéresse à l’abus de loyauté » (je souligne). Cette courte phrase énonce deux points importants qui aident à mieux cerner le rôle du droit des fiducies.

[68] Premièrement, le droit des fiducies s’intéresse plus à la position respective des parties *résultant de* la relation qui donne lieu à l’obligation fiduciaire qu’à leurs positions respectives *avant* le début de cette relation. À la p. 406 de l’arrêt *Hodgkinson*, le juge La Forest a énoncé clairement ce principe en approuvant les propos suivants du professeur Ernest J. Weinrib : [TRADUCTION] « On ne peut dire que la condition *sine qua non* d’une obligation fiduciaire est que les parties doivent posséder une force de négociation distincte. [. . .] Par opposition aux notions d’équité, la relation fiduciaire tient compte de la position relative des parties qui résulte de l’entente, et non de celle qui la précède » (« The Fiduciary Obligation » (1975), 25 *U.T.L.J.* 1, p. 6). Ainsi, bien que la vulnérabilité au sens large découlant de facteurs étrangers à la relation soit une considération pertinente, il importe avant tout de savoir dans quelle mesure elle résulte de la relation : *Hodgkinson*, p. 406.

[69] Deuxièmement, l’existence d’un engagement de loyauté est une caractéristique fondamentale d’une relation fiduciaire : le fiduciaire s’engage à agir au mieux des intérêts de l’autre partie. Ce point a été énoncé de manière succincte par la juge McLachlin dans *Norberg*, p. 273 : « [Le] rapport fiduciaire [. . .] dépend toujours du fait que

interests”. See also *Hodgkinson, per La Forest J.*, at pp. 404-7.

[70] Underpinning all of this is the focus of fiduciary law on relationships. As Dickson J. (as he then was) put it in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 384: “It is the nature of the relationship . . . that gives rise to the fiduciary duty. . . .” The underlying purpose of fiduciary law may be seen as protecting and reinforcing “the integrity of social institutions and enterprises”, recognizing that “not all relationships are characterized by a dynamic of mutual autonomy, and that the marketplace cannot always set the rules”: *Hodgkinson*, at p. 422 (*per La Forest J.*). The particular relationships on which fiduciary law focusses are those in which one party is given a discretionary power to affect the legal or vital practical interests of the other: see, e.g., *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, *per Wilson J.*, at pp. 136-37; *Norberg, per McLachlin J.*, at p. 272; *Weinrib*, at p. 4, quoted with approval in *Guerin*, at p. 384.

[71] I return to the Court of Appeal’s holding that a fiduciary duty may arise in “power-dependency” relationships without any express or implied undertaking by the fiduciary to act in the best interests of the other party. I respectfully disagree with this approach, for two reasons: “power-dependency” relationships are not a special category of fiduciary relationships and the law is, in my view, clear that fiduciary duties will only be imposed on those who have expressly or impliedly undertaken them.

b. *Power-Dependency Relationships as a Special Category*

[72] As noted by the Court of Appeal, *La Forest J.* used the term “power-dependency” relationships in *Norberg* and in *Hodgkinson*. In the latter case he wrote, at p. 411:

le fiduciaire s’engage à agir au mieux des intérêts du bénéficiaire. » Voir aussi les propos du juge *La Forest* dans *Hodgkinson*, p. 404-407.

[70] L’importance qu’accorde le droit des fiducies aux relations est à la base de ces assertions. Comme le juge *Dickson* (plus tard *Juge en chef*) l’a énoncé dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 384, « [l]’obligation de fiduciaire découle de la nature du rapport ». On peut considérer que l’objectif du droit des fiducies est de protéger et de renforcer « l’intégrité des institutions et des entreprises sociales » tout en reconnaissant que « ce ne sont pas toutes les relations qui sont caractérisées par une dynamique d’autonomie mutuelle et que le marché ne peut pas toujours dicter les règles à suivre » : *Hodgkinson*, p. 422 (le juge *La Forest*). Les relations particulières auxquelles s’intéresse le droit des fiducies sont celles où l’une des parties est investie d’un pouvoir discrétionnaire d’influer sur les intérêts juridiques de l’autre partie ou sur des questions ayant des conséquences pratiques fondamentales sur celle-ci : voir, à titre d’exemple, *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, la juge *Wilson*, p. 136-137; *Norberg*, la juge *McLachlin*, p. 272; *Weinrib*, p. 4, passage cité et approuvé dans *Guerin*, p. 384.

[71] Je reviens à la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle une obligation fiduciaire peut découler d’un rapport « de force et de dépendance » en l’absence d’un engagement exprès ou implicite du fiduciaire d’agir au mieux des intérêts de l’autre partie. Avec égards pour l’opinion contraire, je ne peux souscrire à cette approche pour deux raisons : les rapports « de force et de dépendance » ne constituent pas des catégories particulières de relations fiduciaires et, à mon avis, il ressort clairement des règles de droit que les obligations fiduciaires n’incombent qu’à ceux qui se sont engagés, expressément ou implicitement, à les assumer.

b. *Rapport de force et de dépendance en tant que catégorie particulière*

[72] Comme l’a signalé la Cour d’appel, le juge *La Forest* a employé le terme rapports « de force et de dépendance » dans *Norberg* et dans *Hodgkinson*. Dans ce dernier arrêt, il a écrit ce qui suit à la p. 411 :

I employed this notion, developed in an article by Professor [Phyllis] Coleman [“Sex in Power Dependency Relationships: Taking Unfair Advantage of the ‘Fair’ Sex” (1988), 53 *Alb. L. Rev.* 95], to capture the dynamic of abuse in *Norberg v. Wynrib*, *supra*, at p. 255. *Norberg* concerned an aging physician who extorted sexual favours from a young female patient in exchange for feeding an addiction she had previously developed to the pain-killer Fiorinal. The difficulty in *Norberg* was that the sexual contact between the doctor and patient had the appearance of consent. However, when the pernicious effects of the situational power imbalance were considered, it was clear that true consent was absent. While the concept of a “power-dependency” relationship was there applied to an instance of sexual assault, in my view the concept accurately describes any situation where one party, by statute, agreement, a particular course of conduct, or by unilateral undertaking, gains a position of overriding power or influence over another party. [Emphasis added.]

[73] It is clear from these comments that La Forest J. was describing certain relationships which may also be fiduciary, but was not creating a separate category of *ad hoc* fiduciary relationships. In other words, this concept borrowed from academic writing may be useful to describe certain relationships, but it has not been and should not be used as a tool for categorization. Fiduciary relationships, he explained, are “simply a species of a broader family of relationships that may be termed ‘power-dependency’ relationships” (p. 411). The law’s approach to the situation of vulnerable people “gives rise to a variety of often overlapping duties” and “the precise legal or equitable duties the law will enforce in any given relationship are tailored to the legal and practical incidents of a particular relationship” (pp. 412-13).

[74] In short, not all power-dependency relationships are fiduciary in nature, and identifying a power-dependency relationship does not, on its own, materially assist in deciding whether the relationship is fiduciary or not. It follows, in my view, that there are not and should not be special rules for recognition of fiduciary duties in the case of “power-dependency” relationships. I am therefore of the view that the Court of Appeal erred in this respect.

J’ai employé cette notion, tirée d’un article du professeur [Phyllis] Coleman [“Sex in Power Dependency Relationships: Taking Unfair Advantage of the ‘Fair’ Sex” (1988), 53 *Alb. L. Rev.* 95], pour saisir la dynamique des rapports abusifs dans l’arrêt *Norberg c. Wynrib*, précité, à la p. 255. Dans cet arrêt, un médecin âgé avait obtenu des faveurs sexuelles d’une jeune patiente en échange d’analgésique Fiorinal dont elle était devenue dépendante. La difficulté résidait dans l’apparence de consentement qu’il y avait eu aux contacts sexuels entre le médecin et la patiente. Toutefois, à l’examen des effets pernicious de l’inégalité du rapport de force entre les parties, il est devenu clair qu’il n’y avait pas eu de véritable consentement. Bien que le concept d’un rapport de « force et de dépendance » ait été appliqué à un cas d’agression sexuelle dans cet arrêt, j’estime que ce concept décrit exactement toute situation dans laquelle une partie acquiert, que ce soit en vertu de la loi, d’une entente, d’une conduite particulière ou d’un engagement unilatéral, une position de force ou d’influence écrasante sur une autre partie. [Je souligne.]

[73] Il est clair que le juge La Forest décrivait certaines relations, susceptibles d’être également des relations fiduciaires, mais qu’il ne créait pas une catégorie distincte de relations fiduciaires *ad hoc*. Autrement dit, le concept en question, emprunté à la doctrine, est utile pour décrire certaines relations, mais il n’a pas été utilisé pour classer les relations fiduciaires et ne devrait pas l’être. Comme il l’explique, les relations fiduciaires sont « simplement une sorte de catégorie générale de rapports dits “de force et de dépendance” » (p. 411). La façon dont le droit s’intéresse à la situation des personnes vulnérables « engendre toute une gamme de devoirs qui souvent se chevauchent » et « les obligations de common law ou d’*equity* que les tribunaux feront respecter dans une relation donnée sont adaptées aux particularités juridiques et pratiques de la relation concernée » (p. 412-413).

[74] En bref, un rapport de force et de dépendance n’est pas toujours de nature fiduciaire et la présence d’un rapport de force et de dépendance, à lui seul, ne permettra pas de trancher la question de savoir s’il s’agit d’une relation fiduciaire. Il s’ensuit, selon moi, qu’il n’y a pas — et qu’il ne devrait pas y avoir — de règles particulières pour reconnaître l’existence d’obligations fiduciaires en présence d’un rapport « de force et de dépendance ». Je suis donc d’avis que la Cour d’appel a commis une erreur à ce chapitre.

c. *Mutual Understanding and Undertaking by the Fiduciary*

[75] The appellants fault the Court of Appeal for holding that fiduciary duties may arise only on the basis of the reasonable expectations of one party. The appellants say that there must be a mutual understanding that the fiduciary will act only in the interests of the other party. While I agree with the appellants that the Court of Appeal erred by basing a fiduciary obligation on Ms. Perez's reasonable expectation, it is not necessary in order to resolve this appeal to go so far as to say that a mutual understanding is necessary in all cases. It is sufficient to say here that what is required in all cases is an undertaking by the fiduciary, express or implied, to act in accordance with the duty of loyalty reposed on him or her.

[76] I note that in *Hodgkinson*, this Court considered competing bases for the imposition of *ad hoc* fiduciary duties, opposing to a certain extent mutual understanding and reasonable expectations of the alleged beneficiary. While the seven judges sitting on the case were not fully unanimous in this respect, they all agreed that *ad hoc* fiduciary obligations may be imposed when there is a mutual understanding to this effect, and, following the example of Dickson J. in *Guerin*, at p. 384, left the door open to such an obligation arising from a unilateral undertaking by the fiduciary (see on this point Professor Lionel Smith's insightful comment on *Hodgkinson*, "Fiduciary Relationships — Arising in Commercial Contexts — Investment Advisors: *Hodgkinson v. Simms*" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 714). Thus, what is required in all cases of *ad hoc* fiduciary obligations is that there be an undertaking on the part of the fiduciary to exercise a discretionary power in the interests of that other party. To repeat what was said by McLachlin J. in *Norberg*, "fiduciary relationships . . . are always dependent on the fiduciary's undertaking to act in the beneficiary's interests" (p. 273). As Dickson J. put it in *Guerin*, fiduciary duties may arise where "by statute, agreement, or perhaps by unilateral

c. *Entente mutuelle et engagement du fiduciaire*

[75] Les appelants reprochent à la Cour d'appel d'avoir conclu que des attentes raisonnables de la part d'une partie pouvaient, à elles seules, faire naître des obligations fiduciaires. Ils font valoir qu'il faut plutôt que les parties aient mutuellement convenu que le fiduciaire agirait seulement au mieux des intérêts de l'autre partie. Je suis d'accord avec les appelants que la Cour d'appel a commis une erreur en acceptant que l'attente raisonnable de M^{me} Perez serve d'assise à une obligation fiduciaire. Cependant, pour trancher le présent litige, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'aller jusqu'à affirmer qu'il doit exister une entente mutuelle dans tous les cas. Il suffit de dire ici qu'il faut, dans tous les cas, un engagement du fiduciaire, exprès ou implicite, d'agir dans le respect du devoir de loyauté qui lui incombe.

[76] Je relève que dans l'arrêt *Hodgkinson*, notre Cour a examiné deux fondements différents pouvant donner naissance à des obligations fiduciaires *ad hoc*, fondements qui opposent jusqu'à un certain point l'entente mutuelle aux attentes raisonnables du prétendu bénéficiaire. Les sept juges ayant entendu le pourvoi ne partageaient pas, à tous égards, le même point de vue à ce sujet, mais ils étaient tous d'avis qu'une entente mutuelle en ce sens pouvait donner lieu à des obligations fiduciaires *ad hoc* et, suivant l'exemple du juge Dickson dans *Guerin*, p. 384, ils n'ont pas exclu qu'il puisse en découler un engagement unilatéral du fiduciaire (voir à ce sujet le commentaire instructif du professeur Lionel Smith concernant l'arrêt *Hodgkinson*, « Fiduciary Relationships — Arising in Commercial Contexts — Investment Advisors : *Hodgkinson v. Simms* » (1995), 74 *R. du B. can.* 714). Ainsi, s'agissant d'obligations fiduciaires *ad hoc*, il faut nécessairement un engagement du fiduciaire d'exercer un pouvoir discrétionnaire au mieux des intérêts de l'autre partie. Pour reprendre les propos de la juge McLachlin dans *Norberg*, l'existence d'un « rapport fiduciaire [. . .] dépend toujours du fait que le fiduciaire s'engage à agir au mieux des intérêts du bénéficiaire » (p. 273). Comme le juge Dickson

undertaking, one party has an obligation to act for the benefit of another” (p. 384).

[77] The fiduciary’s undertaking may be the result of the exercise of statutory powers, the express or implied terms of an agreement or, perhaps, simply an undertaking to act in this way. In cases of *per se* fiduciary relationships, this undertaking will be found in the nature of the category of relationship in issue. The critical point is that in both *per se* and *ad hoc* fiduciary relationships, there will be some undertaking on the part of the fiduciary to act with loyalty.

[78] Commentators support this view. In his seminal work, *Fiduciary Obligations* (1977), Professor P. D. Finn writes at para. 15:

For a person to be a fiduciary he must first and foremost have bound himself in some way to protect and/or to advance the interests of another. This is perhaps the most obvious of the characteristics of the fiduciary office for Equity will only oblige a person to act in what he believes to be another’s interests if he himself has assumed a position which requires him to act for or on behalf of that other in some particular matter. [Emphasis added.]

To the same effect, Professor Smith writes in his comment on *Hodgkinson*, at p. 717 (echoing Dickson J.’s comments in *Guerin*, at p. 384, and Austin W. Scott, “The Fiduciary Principle” (1949), 37 *Cal. L. Rev.* 539, at p. 540):

The fiduciary must *relinquish* self-interest; that is an act which the fiduciary does, not an act which is done to the fiduciary. This was put slightly differently by Austin Scott, who said that “a fiduciary is a person who *undertakes* to act in the interest of another person.” [Emphasis in original.]

[79] This does not mean, however, that an express undertaking is required. Rather, the fiduciary’s

l’a affirmé dans *Guerin*, des obligations fiduciaires peuvent naître « lorsqu’une loi, un contrat ou peut-être un engagement unilatéral impose à une partie l’obligation d’agir au profit d’une autre partie » (p. 384).

[77] L’engagement du fiduciaire peut résulter de l’exercice de pouvoirs conférés par la loi, des conditions — expresses ou implicites — d’une entente, ou, peut-être, simplement de l’engagement d’agir ainsi. Lorsque la relation est en soi fiduciaire, cet engagement sera fonction de la nature de la catégorie à laquelle la relation en question appartient. Le point central demeure qu’il y aura, tant dans les relations fiduciaires en soi que dans les relations fiduciaires *ad hoc*, un engagement du fiduciaire d’agir loyalement.

[78] Les auteurs appuient ce point de vue. Dans son influent ouvrage, *Fiduciary Obligations* (1977), le professeur P. D. Finn écrit ce qui suit au par. 15 :

[TRADUCTION] Pour qu’une personne soit un fiduciaire, elle doit d’abord et avant tout s’être engagée, d’une manière ou d’une autre, à protéger les intérêts d’une autre personne ou à agir en faveur de cette dernière. Il s’agit sans doute de la caractéristique la plus flagrante du rôle de fiduciaire puisqu’en equity une personne ne sera tenue d’agir dans ce qu’elle estime être l’intérêt d’une autre personne que si elle a elle-même assumé une charge qui requiert qu’elle agisse pour le compte de cette autre personne dans certaines circonstances. [Je souligne.]

Abondant dans le même sens, le professeur Smith écrit à la p. 717 de son commentaire concernant l’arrêt *Hodgkinson* (faisant écho aux propos du juge Dickson à la p. 384 de l’arrêt *Guerin*, et à ceux d’Austin W. Scott dans « The Fiduciary Principle » (1949), 37 *Cal. L. Rev.* 539, p. 540) :

[TRADUCTION] Le fiduciaire doit *renoncer* à agir dans son propre intérêt; il s’agit d’un acte accompli par le fiduciaire et non d’un acte accompli à son égard. Ce principe a été formulé d’une manière légèrement différente par Austin Scott, qui a dit qu’un « fiduciaire est une personne qui *s’engage* à agir au mieux des intérêts d’une autre personne ». [En italique dans l’original.]

[79] Toutefois, cela ne signifie pas qu’un engagement explicite est requis. Dans certains types de

undertaking may be implied in the particular circumstances of the parties' relationship. Relevant to the enquiry of whether there is such an implied undertaking are considerations such as professional norms, industry or other common practices and whether the alleged fiduciary induced the other party into relying on the fiduciary's loyalty.

[80] In my respectful view, the Court of Appeal's analysis went wrong on this point. It found a fiduciary duty without finding an undertaking, express or implied, on the part of Mr. Galambos that he would act in relation to the loans only in Ms. Perez's interests. The court's reasoning is premised on the fact that there was no such undertaking; otherwise, there would have been no need to base the conclusion that a fiduciary duty existed on Ms. Perez's expectations alone.

[81] It is clear from the evidence that there was no explicit undertaking that Mr. Galambos was to act in Ms. Perez's best interest in relation to the cash advances; she does not even allege as much. Moreover, it would be inconsistent with the judge's findings to conclude that any such undertaking should be implied on the facts of this case. The trial judge found that Mr. Galambos never explicitly requested a loan and that his requests that Ms. Perez "do something" to solve the cashflow problem referred to contacting the bank to extend the firm's line of credit, which had been done several times in the past (paras. 54-55). Having never requested the advances, it is difficult to see how there was any implied undertaking to act only in Ms. Perez's interests with respect to them. The judge also found that if Ms. Perez formed any expectation that Mr. Galambos was to act as her fiduciary, it was unreasonable. Rice J. found that if there was a disparity in knowledge of the firm's finances, it was Ms. Perez who was more knowledgeable (para. 52). In such circumstances, any reasonable person would have understood that he or she assumed the position of

relations, l'engagement du fiduciaire peut en effet être implicite. Les normes professionnelles, les pratiques de l'industrie ou d'autres pratiques courantes et la question de savoir si la partie qu'on dit être un fiduciaire a incité l'autre partie à compter sur le fait qu'elle agirait loyalement envers elle comptent parmi les considérations utiles pour juger de l'existence ou non d'un tel engagement implicite.

[80] À mon humble avis, l'analyse de la Cour d'appel est erronée sur ce point. Elle a statué qu'il existait une obligation fiduciaire sans avoir conclu à l'existence d'un engagement, exprès ou implicite, de M. Galambos d'agir uniquement dans l'intérêt de M^{me} Perez en ce qui concerne les prêts. Le raisonnement de la Cour d'appel suppose en effet qu'un tel engagement n'existait pas, car, dans le cas contraire, il n'aurait pas été nécessaire de s'appuyer sur les seules attentes de M^{me} Perez pour conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire.

[81] Il ressort clairement de la preuve que M. Galambos ne s'était pas explicitement engagé à agir au mieux des intérêts de M^{me} Perez en ce qui concerne les avances de fonds; d'ailleurs, elle ne formule aucune allégation en ce sens. De plus, on irait à l'encontre des conclusions du juge de première instance en inférant des faits de la présente affaire qu'un tel engagement est implicite. En effet, le juge de première instance a conclu que M. Galambos n'a jamais explicitement demandé qu'un prêt lui soit consenti et que, lorsqu'il a demandé à M^{me} Perez de [TRADUCTION] « faire quelque chose » pour résoudre les problèmes de liquidités, il s'agissait en fait de communiquer avec la banque pour augmenter la marge de crédit du cabinet, comme cela avait déjà été fait à plusieurs reprises (par. 54-55). Comme M. Galambos n'a jamais demandé d'avances de fonds, on conçoit mal qu'il puisse y avoir eu un engagement implicite d'agir uniquement dans l'intérêt de M^{me} Perez à ce chapitre. Le juge de première instance a également conclu que, dans l'hypothèse où M^{me} Perez a de quelque manière cru que M. Galambos assumerait à son égard la charge de fiduciaire, de

a precarious unsecured creditor, not that of a protected beneficiary.

[82] In summary, my view is that the Court of Appeal erred in holding that in the case of power-dependency relationships, a fiduciary duty may arise absent some undertaking on the part of the fiduciary to act in the interests of the other party. The Court of Appeal did not suggest that there was any such undertaking here and in any event, it would be inconsistent with the judge's factual findings to conclude that any such undertaking should be implied.

3. Transfer of Discretionary Power

[83] It is fundamental to the existence of any fiduciary obligation that the fiduciary has a discretionary power to affect the other party's legal or practical interests. In *Guerin*, Dickson J. spoke of this discretionary power as "the hallmark of any fiduciary relationship" (p. 387) and, while making no comment on whether it was broad enough to embrace all fiduciary obligations, he endorsed Professor Weinrib's description of a fiduciary relationship as one in which "the principal's interests can be affected by, and are therefore dependent on, the manner in which the fiduciary uses the discretion which has been delegated to him" (p. 384). The influential guidelines set out by Wilson J. in *Frame*, at p. 136, for identifying new categories of fiduciary relationships included that the fiduciary have scope for the exercise of some discretion or power, the exercise of which affects the beneficiary's legal or practical interests. In *Norberg*, McLachlin J. noted that a fiduciary must be entrusted with such power in order to perform his or her functions (p. 275).

telles attentes étaient déraisonnables. Le juge Rice a conclu que, dans l'hypothèse où il existait une disparité entre les parties sur la question de savoir quelle était la situation financière du cabinet, c'était M^{me} Perez qui en savait le plus à ce sujet (par. 52). Dans de telles circonstances, une personne raisonnable aurait compris qu'elle se plaçait dans la position précaire d'un créancier ordinaire, et non dans la situation d'un bénéficiaire jouissant d'une protection.

[82] En bref, je suis d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur en statuant que, en ce qui concerne les rapports de force et de dépendance, une obligation fiduciaire peut naître en l'absence d'un engagement de la part du fiduciaire d'agir dans l'intérêt de l'autre partie. Par ailleurs, la Cour d'appel n'a pas laissé entendre qu'un tel engagement avait été pris en l'espèce et, de toute façon, les conclusions de fait du juge de première instance ne permettent pas de conclure qu'un tel engagement est implicite.

3. Transfert du pouvoir discrétionnaire

[83] Il est essentiel à l'existence d'une obligation fiduciaire que le fiduciaire ait été investi du pouvoir discrétionnaire de poser des actes ayant des incidences sur les intérêts juridiques et pratiques de l'autre partie. Dans *Guerin*, le juge Dickson dit de ce pouvoir discrétionnaire qu'il constitue « la marque distinctive de tout rapport fiduciaire » (p. 387) et, sans se prononcer sur la question de savoir s'il est suffisamment large pour englober toutes les obligations fiduciaires, il a souscrit aux propos du professeur Weinrib portant que la relation fiduciaire est un rapport dans lequel « la manière dont le fiduciaire se sert du pouvoir discrétionnaire qui lui a été délégué peut avoir des répercussions sur les droits du commettant qui sont donc subordonnés à l'utilisation qui est faite dudit pouvoir » (p. 384). Les importantes lignes directrices concernant la reconnaissance de nouvelles catégories de relations fiduciaires énoncées par la juge Wilson à la p. 136 de l'arrêt *Frame* précisaient notamment que le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire. Dans *Norberg*, la juge McLachlin signale qu'un fiduciaire doit être investi d'un tel pouvoir pour s'acquitter de son mandat (p. 275).

[84] The nature of this discretionary power to affect the beneficiary's legal or practical interests may, depending on the circumstances, be quite broadly defined. It may arise from power conferred by statute, agreement, perhaps from a unilateral undertaking or, in particular situations such as the professional advisory relationship addressed in *Hodgkinson*, by the beneficiary entrusting the fiduciary with information or seeking advice in circumstances that confer a source of power: see, e.g., *Lac Minerals* and *Hodgkinson*. While what is sufficient to constitute power in the hands of the fiduciary may be controversial in some cases, the requirement for the existence of such power in the fiduciary's hands is not. The presence of this sort of power will not necessarily on its own support the existence of an *ad hoc* fiduciary duty; its absence, however, negates the existence of such a duty.

[85] As noted, the trial judge held that the evidence did not establish that Ms. Perez relinquished her decision-making power with respect to the loans to Mr. Galambos or that there was any discretion over her interests that he was able to exercise unilaterally or otherwise (para. 46). The Court of Appeal did not disagree with these conclusions and no basis for doing so has been suggested.

[86] In my respectful view, the finding of the trial judge that Mr. Galambos had no discretionary power over Ms. Perez's interests that he was able to exercise unilaterally or otherwise is fatal to her claim that there was an *ad hoc* fiduciary duty on Mr. Galambos's part to act solely in her interests in relation to these cash advances.

4. Conclusion With Respect to Appellants' Issues

[87] I conclude that the Court of Appeal erred in finding that Mr. Galambos and his firm had an

[84] Ce pouvoir discrétionnaire de poser des actes susceptibles d'avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire peut, selon les circonstances, être défini assez largement. Il peut découler du pouvoir accordé par une loi, d'une entente, peut-être d'un engagement unilatéral ou, dans des situations particulières telles celles découlant de relations consultatives professionnelles du type dont il est question dans *Hodgkinson*, du bénéficiaire, qui confie au fiduciaire des renseignements ou sollicite son avis dans des circonstances qui lui confèrent un pouvoir : voir, à titre d'exemple, *Lac Minerals* et *Hodgkinson*. Certes la question de savoir ce qui est suffisant pour attribuer un pouvoir au fiduciaire peut être sujet de controverse dans certaines situations, mais tel n'est pas le cas quant à la nécessité que le fiduciaire soit investi d'un tel pouvoir. Son existence ne suffira peut-être pas, à elle seule, à justifier l'existence d'une obligation fiduciaire *ad hoc*; son absence, en revanche, fera obstacle à l'existence d'une telle obligation.

[85] Comme il a été signalé, selon le juge de première instance, il n'avait pas été établi que M^{me} Perez avait renoncé à son pouvoir décisionnel en ce qui concerne les prêts consentis à M. Galambos ou que ce dernier avait un pouvoir discrétionnaire sur les intérêts de M^{me} Perez qu'il pouvait exercer de façon unilatérale ou autrement (par. 46). La Cour d'appel n'a pas rejeté ces conclusions et n'a pas avancé de motifs justifiant leur rejet.

[86] Je suis d'avis que la conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Galambos n'avait pas de pouvoir discrétionnaire lui permettant, de façon unilatérale ou autrement, d'influer sur les intérêts de M^{me} Perez porte un coup fatal à la thèse de cette dernière voulant qu'une obligation fiduciaire *ad hoc* ait incombé à M. Galambos d'agir uniquement dans ses intérêts à elle en ce qui concerne les avances de fonds en question.

4. Conclusion concernant la position des appelants

[87] Je suis d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que M. Galambos et son

ad hoc fiduciary obligation towards Ms. Perez with respect to the cash advances.

V. Disposition

[88] I would allow the appeal and restore the trial judgment, except that, if the parties are not able to agree about whether Ms. Perez is entitled to a judgment in debt against the law corporation and the costs consequences if any flowing from it, I would remand to the Court of Appeal the question of whether Ms. Perez is entitled to a judgment in debt against the Michael Z. Galambos Law Corporation and, if so, whether that judgment should have any impact on the question of costs in the courts below. Subject to any adjustment resulting from an agreement between the parties or from the remand, the appellants are entitled to their costs throughout if demanded.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Holmes & King, Vancouver.

cabinet avaient une obligation fiduciaire *ad hoc* envers M^{me} Perez en ce qui concerne les avances de fonds.

V. Dispositif

[88] J'accueillerais le pourvoi et je rétablirais le jugement de première instance, sauf que, si les parties ne sont pas en mesure de s'entendre quant au droit de M^{me} Perez à un jugement contre le cabinet d'avocats pour le remboursement de dette et quant à l'incidence, s'il en est, sur les dépens accordés en conséquence, je renverrais à la Cour d'appel la question de savoir si M^{me} Perez a droit à un jugement pour remboursement de dette contre Michael Z. Galambos Law Corporation et, dans l'affirmative, pour qu'elle décide si ce jugement devrait avoir des répercussions sur l'octroi des dépens devant les tribunaux d'instance inférieure. Sous réserve de tout ajustement résultant de l'entente des parties ou du renvoi à la Cour d'appel, les appelants ont droit à leurs dépens devant toutes les cours si demandés.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Holmes & King, Vancouver.

**Deputy Minister of Revenue of Quebec
and Her Majesty The Queen in right of
Canada** *Appellants*

v.

**Caisse populaire Desjardins de Montmagny
and Raymond Chabot Inc., in its capacity as
Trustee in bankruptcy of 9083-4185 Québec
Inc.** *Respondents*

and

**Canadian Association of Insolvency and
Restructuring Professionals** *Intervener*

- and -

**Deputy Minister of Revenue of Quebec
and Her Majesty The Queen in right of
Canada** *Appellants*

v.

**Raymond Chabot Inc., in its capacity
as Trustee for the estate of the debtor,
Consortium Promecan Inc.** *Respondent*

- and -

**Deputy Minister of Revenue of Quebec
and Her Majesty The Queen in right of
Canada** *Appellants*

v.

National Bank of Canada *Respondent*

and

**Canadian Association of Insolvency and
Restructuring Professionals** *Intervener*

**Sous-ministre du Revenu du Québec
et Sa Majesté la Reine du chef du
Canada** *Appellants*

c.

**Caisse populaire Desjardins de Montmagny
et Raymond Chabot inc., en sa qualité de
syndic à la faillite de 9083-4185 Québec
inc.** *Intimées*

et

**Association canadienne des
professionnels de l'insolvabilité et de la
réorganisation** *Intervenante*

- et -

**Sous-ministre du Revenu du Québec
et Sa Majesté la Reine du chef du
Canada** *Appellants*

c.

**Raymond Chabot inc., en sa qualité de syndic
à l'actif de la débitrice Consortium Promecan
inc.** *Intimée*

- et -

**Sous-ministre du Revenu du Québec
et Sa Majesté la Reine du chef du
Canada** *Appellants*

c.

Banque Nationale du Canada *Intimée*

et

**Association canadienne des
professionnels de l'insolvabilité et de la
réorganisation** *Intervenante*

**INDEXED AS: QUEBEC (REVENUE) v. CAISSE
POPULAIRE DESJARDINS DE MONTMAGNY**

Neutral citation: 2009 SCC 49.

File Nos.: 32486, 32489, 32492.

2009: March 17; 2009: October 30.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Bankruptcy and insolvency — Crown claims — Goods and services tax — Provincial sales tax — Tax amounts that have been collected but not remitted, or are collectible, at time of bankruptcy of supplier — Legal characterization of Crown's rights in amounts of such taxes — Whether federal or provincial Crown is ordinary creditor or owner of tax amounts — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222(1), (1.1) — Act respecting the Ministère du Revenu, R.S.Q., c. M-31, s. 20 — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 67(2).

The GST imposed under the *Excise Tax Act* (“ETA”) and the QST payable under the *Act respecting the Québec Sales Tax* are taxes that are collected, and in respect of which credits are available, at each step of the manufacturing and marketing of taxable goods and services. They are payable by the recipient, who is regarded as the debtor in respect of the tax liability to the Crown. In principle, the supplier acts only as a mandatary of the Crown in collecting and remitting these taxes and is deemed to hold the amounts so collected in trust for Her Majesty.

A number of businesses went bankrupt. The Canadian and Quebec tax authorities (the “tax authorities”) claimed from the trustees the GST and QST amounts that had been collected but not remitted, or were collectible, by those businesses as of the dates of their bankruptcies. The tax authorities submitted that they were entitled to the amounts in issue as the owners thereof. Financial institutions that held various security interests in the property of the bankrupts contended that, under the law applicable in bankruptcy matters, the federal or provincial Crown is only an ordinary creditor and must be ranked as such with the debtors’ other creditors, and that their security interests could therefore be set up against the Crown. The Quebec Superior

**RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (REVENU) c. CAISSE
POPULAIRE DESJARDINS DE MONTMAGNY**

Référence neutre : 2009 CSC 49.

N^{os} du greffe : 32486, 32489, 32492.

2009 : 17 mars; 2009 : 30 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Faillite et insolvabilité — Réclamations de la Couronne — Taxe sur les produits et services — Taxe de vente provinciale — Montants des taxes perçus, mais non remis, ou percevables au moment de la faillite d’un fournisseur — Qualification juridique des droits de l’État à l’égard des montants de ces taxes — La Couronne fédérale ou provinciale est-elle une créancière ordinaire ou la propriétaire du montant des taxes? — Loi sur la taxe d’accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 222(1), (1.1) — Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., ch. M-31, art. 20 — Loi sur la faillite et l’insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 67(2).

La TPS, imposée en vertu de la *Loi sur la taxe d’accise* (« LTA »), et la TVQ, exigible sous l’autorité de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, sont des taxes qui sont prélevées et créditées à chaque étape de la fabrication et de la mise en marché des produits et des services taxables. Elles sont exigibles de l’acquéreur, qui est considéré comme le débiteur de l’obligation fiscale à l’égard de l’État. En principe, le fournisseur n’agit que comme mandataire de l’État pour la perception et la remise de ces taxes et est réputé détenir les montants perçus en fiducie pour Sa Majesté.

Des entreprises commerciales ont fait faillite. Les autorités fiscales du Canada et du Québec (le « fisc ») réclament des syndic les montants de TPS et de TVQ perçus, mais non remis, ou percevables par ces entreprises à la date de leurs faillites. Le fisc soutient que ces montants lui reviennent de droit car il en serait propriétaire. Les institutions financières titulaires de garanties diverses sur les biens des faillies estiment que le droit applicable en cas de faillite réduit la Couronne fédérale ou provinciale au rang de créancière ordinaire et qu’elle doit être colloquée en cette qualité avec les autres créanciers des débiteurs. Leurs sûretés seraient donc opposables à l’État. La Cour supérieure du Québec a donné raison au fisc en jugeant que les montants de TPS et de

Court found for the tax authorities on the basis that the GST and QST amounts were not part of the bankrupts' patrimonies. The Quebec Court of Appeal set aside the judgments.

Held: The appeals should be dismissed.

When a supplier goes bankrupt, the tax authorities do not own GST and QST amounts that have been collected but not remitted or are collectible at the time of the bankruptcy. Instead, they have an unsecured claim against the supplier. The legal characterization of the relationships between the tax authorities and the suppliers and recipients of goods and services cannot be considered in isolation from the overall context of the system for the collection and remittance of these taxes and from the provisions of the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("BIA"). The tax authorities' position amounts to maintaining that the deemed trusts established by s. 222 *ETA* and s. 20 of the *Act respecting the Ministère du Revenu* ("AMR") continue to exist after a bankruptcy, which conflicts with both the words and the intent of the statutory provisions in question, and is inconsistent with the nature of the tax authorities' rights under the system for the collection and remittance of the GST and QST. [7] [21] [28-29]

In light of the 1992 amendments to s. 67 *BIA*, the deemed trusts established by ss. 222 *ETA* and 20 *AMR* are terminated at the time of the bankruptcy. Parliament also enacted concordance amendments to the *ETA* by adding subs. (1.1) to s. 222. As a result of this provision, deemed trusts intended to secure GST claims are ineffective in bankruptcy situations. Although the Quebec legislation does not contain a provision similar to s. 222(1.1) *ETA*, Parliament's legislative authority over bankruptcy prevents the provincial legislatures from modifying the order of priority established in the *BIA*. Thus, the trustee is responsible for liquidating patrimonies that include the GST and QST amounts in issue. The mandate the supplier or the trustee is deemed to have been given with respect to the two taxes involves the performance of obligations to collect and then to remit, not the amounts collected, but a balance resulting from offsetting claims of the Crown and the supplier. [7-8] [16-17] [23] [27-28]

Cases Cited

Referred to: *Reference re Quebec Sales Tax*, [1994] 2 S.C.R. 715; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 52, [2005] 2 S.C.R. 564; *Victuni AG v. Minister of Revenue of Quebec*, [1980] 1 S.C.R. 580; *Lefebvre (Trustee of)*,

TVQ ne faisaient pas partie du patrimoine des faillies. La Cour d'appel du Québec a infirmé les jugements.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

En cas de faillite du fournisseur, le fisc n'est pas propriétaire des montants de TPS et de TVQ perçus, mais non remis, ou percevables au moment de la faillite. Plutôt, il est titulaire d'une créance ordinaire contre le fournisseur. La qualification juridique des rapports entre le fisc, les fournisseurs et les acquéreurs de biens et services ne saurait être isolée de l'ensemble du contexte établi par le système de perception et de remise de ces taxes et par les dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« *LFI* »). La thèse défendue par le fisc équivaut à soutenir que les fiducies réputées établies par les art. 222 *LTA* et 20 de la *Loi sur le ministère du Revenu* (« *LMR* ») survivent à la faillite, ce qui contredit le texte et l'intention des dispositions législatives pertinentes, et est incompatible avec la nature des droits que reconnaît au fisc le système de perception et de remise de la TPS et de la TVQ. [7] [21] [28-29]

Vu les modifications apportées en 1992 à l'art. 67 *LFI*, les fiducies réputées établies par les art. 222 *LTA* et 20 *LMR* se terminent au moment de la faillite. Le Parlement a également adopté des modifications de concordance dans la *LTA* en ajoutant à l'art. 222 le par. (1.1) qui prive d'effet les fiducies réputées destinées à garantir les créances relatives à la TPS en cas de faillite. Bien que la législation québécoise ne contienne pas de disposition analogue à celle du par. 222(1.1) *LTA*, la compétence législative du Parlement en matière de faillite ne permet pas aux législatures provinciales de créer des priorités incompatibles avec l'ordre de collocation établi par la *LFI*. Le syndic a donc la charge de liquider des patrimoines qui comprennent les montants de TPS et de TVQ en litige. Le mandat réputé donné au fournisseur ou au syndic relativement aux deux taxes vise l'exécution d'obligations de perception, suivies de la remise non pas des sommes perçues, mais du solde résultant de la compensation des créances de l'État et du fournisseur. [7-8] [16-17] [23] [27-28]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec*, [1994] 2 R.C.S. 715; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 52, [2005] 2 R.C.S. 564; *Victuni AG c. Ministre du Revenu du Québec*, [1980]

2004 SCC 63, [2004] 3 S.C.R. 326; *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24; *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond v. Canada*, 2009 SCC 29, [2009] 2 S.C.R. 94.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Ministère du Revenu, R.S.Q., c. M-31, ss. 20, 23, 24.
Act respecting the Québec sales tax, R.S.Q., c. T-0.1, ss. 16, 82, 302.1, 422, 425, 427, 437.
Act respecting the Québec sales tax and amending various fiscal legislation, S.Q. 1991, c. 67.
Act to amend the Bankruptcy Act and to amend the Income Tax Act in consequence thereof, S.C. 1992, c. 27.
Bank Act, S.C. 1991, c. 46, s. 427.
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 67, 86(1), 87(1).
Constitution Act, 1867, s. 92(2).
Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, ss. 141.01, 165, 169(1), 221(1), 222(1), (1.1), (3), 223, 224, 228, 265, 296(1)(b).

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. II, 3rd Sess., 34th Parl., June 19, 1991, p. 2106.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. IV, 3rd Sess., 34th Parl., November 1, 1991, p. 4354.
 Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 9, September 5, 1991, p. 9:5.
 Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 10, September 5, 1991, p. 10:18.
 Robert Brakel & Associates Ltd. *Value-Added Taxation in Canada: GST, HST, and QST*, 2nd ed. Toronto: CCH Canadian, 2003.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: Lexis-Nexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Forget, Doyon and Duval Hesler J.J.A.), 2007 QCCA 1837, [2008] R.J.Q. 39, 40 C.B.R. (5th) 18, [2008] G.S.T.C. 3, SOQUIJ AZ-50464769, [2007] J.Q. n° 14712 (QL), 2007 CarswellQue 12231, setting aside a decision of Boisvert J.,

1 R.C.S. 580; *Lefebvre (Syndic de)*, 2004 CSC 63, [2004] 3 R.C.S. 326; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24; *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, 2009 CSC 29, [2009] 2 R.C.S. 94.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2).
Loi modifiant la Loi sur la faillite et la Loi de l'impôt sur le revenu en conséquence, L.C. 1992, ch. 27.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 67, 86(1), 87(1).
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 141.01, 165, 169(1), 221(1), 222(1), (1.1), (3), 223, 224, 228, 265, 296(1)(b).
Loi sur la taxe de vente du Québec, L.R.Q., ch. T-0.1, art. 16, 82, 302.1, 422, 425, 427, 437.
Loi sur la taxe de vente du Québec et modifiant diverses dispositions législatives d'ordre fiscal, L.Q. 1991, ch. 67.
Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., ch. M-31, art. 20, 23, 24.
Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 427.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 3^e sess., 34^e lég., 19 juin 1991, p. 2106.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 3^e sess., 34^e lég., 1^{er} novembre 1991, p. 4354.
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n° 9, 5 septembre 1991, p. 9:5.
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n° 10, 5 septembre 1991, p. 10:18.
 Robert Brakel & Associates Ltd. *Value-Added Taxation in Canada : GST, HST, and QST*, 2nd ed. Toronto : CCH Canadian, 2003.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : Lexis-Nexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Forget, Doyon et Duval Hesler), 2007 QCCA 1837, [2008] R.J.Q. 39, 40 C.B.R. (5th) 18, [2008] G.S.T.C. 3, SOQUIJ AZ-50464769, [2007] J.Q. n° 14712 (QL), 2007 CarswellQue 12231, qui a infirmé une décision du juge Boisvert,

2006 QCCS 2108, 34 C.B.R. (5th) 245, [2007] G.S.T.C. 185, SOQUIJ AZ-50368833, [2006] J.Q. n° 3613 (QL), 2006 CarswellQue 3427. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Forget, Doyon and Duval Hesler J.J.A.), 2007 QCCA 1835, 40 C.B.R. (5th) 18, [2008] G.S.T.C. 3, SOQUIJ AZ-50464328, [2007] J.Q. n° 14713 (QL), 2007 CarswellQue 12231, setting aside a decision of St-Julien J., 2006 QCCS 6370, SOQUIJ AZ-50412620, [2006] J.Q. n° 15239 (QL), 2006 CarswellQue 11998. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Forget, Doyon and Duval Hesler J.J.A.), 2007 QCCA 1813, 40 C.B.R. (5th) 18, [2008] G.S.T.C. 3, SOQUIJ AZ-50464770, [2007] J.Q. n° 14564 (QL), 2007 CarswellQue 12231, setting aside a decision of Bouchard J., 2006 QCCS 2656, 21 C.B.R. (5th) 289, [2006] G.S.T.C. 123, SOQUIJ AZ-50373960, [2006] J.Q. n° 11028 (QL), 2006 CarswellQue 4759. Appeal dismissed.

Christian Boutin, Michel Beauchamp and Jean-Yves Bernard, for the appellant the Deputy Minister of Revenue of Quebec.

Pierre Cossette and Guy Laperrière, for the appellant Her Majesty The Queen.

Reynald Auger and Jean-Patrick Dallaire, for the respondents Caisse populaire Desjardins de Montmagny and Raymond Chabot Inc., in its capacity as Trustee in bankruptcy of 9083-4185 Québec Inc.

Mason Poplaw and Miguel Bourbonnais, for the respondent Raymond Chabot Inc., in its capacity as Trustee for the estate of the debtor, Consortium Promecan Inc.

Marc Germain, for the respondent the National Bank of Canada.

2006 QCCS 2108, 34 C.B.R. (5th) 245, [2007] G.S.T.C. 185, SOQUIJ AZ-50368833, [2006] J.Q. n° 3613 (QL), 2006 CarswellQue 3427. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Forget, Doyon et Duval Hesler), 2007 QCCA 1835, 40 C.B.R. (5th) 18, [2008] G.S.T.C. 3, SOQUIJ AZ-50464328, [2007] J.Q. n° 14713 (QL), 2007 CarswellQue 12231, qui a infirmé une décision du juge St-Julien, 2006 QCCS 6370, SOQUIJ AZ-50412620, [2006] J.Q. n° 15239 (QL), 2006 CarswellQue 11998. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Forget, Doyon et Duval Hesler), 2007 QCCA 1813, 40 C.B.R. (5th) 18, [2008] G.S.T.C. 3, SOQUIJ AZ-50464770, [2007] J.Q. n° 14564 (QL), 2007 CarswellQue 12231, qui a infirmé une décision du juge Bouchard, 2006 QCCS 2656, 21 C.B.R. (5th) 289, [2006] G.S.T.C. 123, SOQUIJ AZ-50373960, [2006] J.Q. n° 11028 (QL), 2006 CarswellQue 4759. Pourvoi rejeté.

Christian Boutin, Michel Beauchamp et Jean-Yves Bernard, pour l'appelant le sous-ministre du Revenu du Québec.

Pierre Cossette et Guy Laperrière, pour l'appelante Sa Majesté la Reine.

Reynald Auger et Jean-Patrick Dallaire, pour les intimées la Caisse populaire Desjardins de Montmagny et Raymond Chabot inc., en sa qualité de syndic à la faillite de 9083-4185 Québec inc.

Mason Poplaw et Miguel Bourbonnais, pour l'intimée Raymond Chabot inc., en sa qualité de syndic à l'actif de la débitrice Consortium Promecan inc.

Marc Germain, pour l'intimée la Banque Nationale du Canada.

Éric Vallières and Sidney Elbaz, for the interveners.

English version of the judgment of the Court delivered by

LEBEL J. —

I. Introduction

[1] In these three cases, the Canadian and Quebec tax authorities, on the one hand, and the trustees in bankruptcy of certain businesses and financial institutions holding various security interests in the property of the bankrupts, on the other, disagree about what should be done with taxes on consumption that had been collected but not remitted, or were collectible, as of the date of the bankruptcy. The tax authorities submit that they are entitled to the amounts in issue as the owners thereof. The respondents contend that, under the law applicable in bankruptcy matters, the federal or provincial Crown is only an ordinary creditor and must be ranked as such with the debtors' other creditors. The financial institutions submit that their security interests can be set up against the Crown as against any ordinary creditor. The Quebec Superior Court found for the Crown. The Quebec Court of Appeal set aside the judgments and accepted the arguments of the trustees and financial institutions. In my view, that decision is well founded, and I would uphold it.

II. Origins of the Cases

[2] These three cases result from the bankruptcies of a number of businesses and from problems that arose as a result of their insolvency in respect of the administration of the federal goods and services tax ("GST") imposed under the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 ("ETA"), and the Quebec sales tax ("QST") payable under the *Act respecting the Québec sales tax*, R.S.Q., c. T-0.1 ("AQST"). To begin, I will summarize the facts that must be considered to understand these cases. The relevant statutory provisions are reproduced in the Appendix.

Éric Vallières et Sidney Elbaz, pour l'intervenante.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] Dans ces trois dossiers, les autorités fiscales du Canada et du Québec, d'une part, et les syndics à des faillites d'entreprises ainsi que les institutions financières titulaires de garanties diverses sur les biens des faillies, d'autre part, s'affrontent au sujet du sort de montants de taxes à la consommation perçus, mais non remis, ou percevables à la date de la faillite. Le fisc soutient que ces sommes lui reviennent de droit car il en serait propriétaire. Les intimées rétorquent que le droit applicable en cas de faillite réduit la Couronne fédérale ou provinciale au rang de créancière ordinaire et qu'elle doit être colloquée en cette qualité avec les autres créanciers des débiteurs. Selon les institutions financières, leurs sûretés sont opposables à l'État, comme à tous les créanciers ordinaires. La Cour supérieure du Québec a donné raison à l'État. La Cour d'appel du Québec a cassé ces jugements et admis les prétentions des syndics et des institutions financières. À mon avis, cet arrêt est bien fondé et je le confirmerais.

II. Origine des litiges

[2] Ces trois affaires résultent de la faillite d'entreprises commerciales et des problèmes découlant de leur insolvabilité quant à l'application de la taxe fédérale sur les produits et services (« TPS ») imposée en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« LTA »), et de la taxe de vente du Québec (« TVQ ») exigible sous l'autorité de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.R.Q., ch. T-0.1 (« LTVQ »). Je résumerai d'abord les faits essentiels à la compréhension de ces litiges. Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe.

A. *Deputy Minister of Revenue of Quebec and Her Majesty the Queen in Right of Canada v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny and Raymond Chabot Inc., in Its Capacity as Trustee in Bankruptcy of 9083-4185 Québec Inc.*

[3] In this case, a manufacturing company required, as a supplier, to collect the GST and the QST went bankrupt on September 7, 2005. Raymond Chabot Inc. was appointed trustee in bankruptcy. The debtor had hypothecated its claims and accounts receivable in favour of the respondent Caisse populaire Desjardins de Montmagny. Quebec's Deputy Minister of Revenue gave the trustee notice that he considered it to be his mandatar for the recovery of GST and QST amounts that had been collected but not remitted or were collectible. The tax authorities claimed that they owned the amounts in question. Furthermore, the record shows that some of the taxes that had been collected or were collectible at the time of the bankruptcy had been payable for more than 60 days. The Caisse populaire Desjardins de Montmagny claimed to hold valid security interests, which could be set up against the tax authorities, in the tax amounts related to the claims hypothecated in its favour. In view of these conflicting claims, the trustee asked the Superior Court to determine to whom the tax amounts belonged.

B. *Deputy Minister of Revenue of Quebec and Her Majesty the Queen in Right of Canada v. Raymond Chabot Inc. in Its Capacity as Trustee for the Estate of the Debtor, Consortium Promecan Inc.*

[4] In this case, Consortium Promecan Inc. went bankrupt on March 20, 2004, and Raymond Chabot Inc. was appointed trustee. The debtor had not filed returns with respect to the GST and the QST since February 1, 2004. Quebec's Deputy Minister of Revenue asked the trustee to remit to him all GST and QST amounts in respect of the period between February 1 and March 20, 2004 that had been collected or were collectible. The trustee replied that, in its view, the Deputy Minister was only an ordinary creditor in the bankruptcy, and it denied his

A. *Sous-ministre du Revenu du Québec et Sa Majesté la Reine du chef du Canada c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny et Raymond Chabot inc., en sa qualité de syndic à la faillite de 9083-4185 Québec inc.*

[3] Dans cette affaire, une entreprise manufacturière assujettie comme fournisseur à la TPS et à la TVQ a fait faillite le 7 septembre 2005. La société Raymond Chabot inc. a été nommée syndic à sa faillite. La débitrice avait hypothéqué ses créances et comptes à recevoir en faveur de l'intimée la Caisse populaire Desjardins de Montmagny. Le sous-ministre du Revenu du Québec a donné avis au syndic qu'il le considérait comme son mandataire pour le recouvrement des montants de TPS et de TVQ perçus, mais non remis, ou percevables. Le fisc affirmait être propriétaire de ces montants. Par ailleurs, il appert du dossier qu'une partie des taxes perçues ou percevables au moment de la faillite étaient exigibles depuis plus de 60 jours. La Caisse populaire Desjardins de Montmagny a prétendu détenir des sûretés valables et opposables au fisc sur les taxes afférentes aux créances hypothéquées en sa faveur. Devant ces prétentions contradictoires, le syndic a demandé à la Cour supérieure de déterminer à qui appartenaient les montants des taxes.

B. *Sous-ministre du Revenu du Québec et Sa Majesté la Reine du chef du Canada c. Raymond Chabot inc., en sa qualité de syndic à l'actif de la débitrice Consortium Promecan inc.*

[4] Dans cette affaire, Consortium Promecan inc. a fait faillite le 20 mars 2004 et la société Raymond Chabot inc. a été nommée syndic. La débitrice n'avait pas produit de déclaration de TPS et de TVQ depuis le 1^{er} février 2004. Le sous-ministre du Revenu du Québec a alors demandé au syndic de lui remettre tous les montants de TPS et de TVQ perçus ou percevables entre le 1^{er} février et le 20 mars 2004. Le syndic lui a répondu qu'il ne lui reconnaissait qu'un statut de créancier ordinaire dans la faillite et a rejeté sa demande. L'État

request. The Crown appealed that decision to the Superior Court.

C. *Deputy Minister of Revenue of Quebec and Her Majesty the Queen in Right of Canada v. National Bank of Canada*

[5] The tax claims in this case result from the bankruptcies of two companies, Alternative Granite et Marbre inc. and Stone Vogue Ressources inc., on November 5, 2004. The Crown claimed GST and QST amounts related to the accounts receivable of the bankrupt debtors. The National Bank of Canada had obtained, on those accounts, security under s. 427 of the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, and movable hypothecs. It tried to exercise its rights under these various security interests and claimed the proceeds of the accounts receivable as well as the GST and QST amounts related to these claims. It then applied to the Superior Court to resolve the resulting dispute between itself and the tax authorities. In the meantime, the Bank's mandatary, the trustee and the Crown all collected portions of the disputed taxes and even of the accounts receivable.

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court*

[6] The Superior Court heard the three cases separately. The result was the same in all of them. All three judges concluded that the Crown owned the disputed GST and QST amounts. If the trustee in bankruptcy collected them, it was as a mandatary of the tax authorities. Quebec's Deputy Minister of Revenue and the Minister of National Revenue could not be considered to be mere ordinary creditors. In essence, the Superior Court judges held that the GST and QST amounts were not part of the bankrupt's patrimony: 2006 QCCS 2108, 34 C.B.R. (5th) 245 (*per* Boisvert J.), 2006 QCCS 6370, [2006] J.Q. n° 15239 (QL) (*per* St-Julien J.), 2006 QCCS 2656, 21 C.B.R. (5th) 289 (*per* Bouchard J.). All three judgments were appealed to the Quebec Court of Appeal.

a alors interjeté appel de cette décision devant la Cour supérieure.

C. *Sous-ministre du Revenu du Québec et Sa Majesté la Reine du chef du Canada c. Banque Nationale du Canada*

[5] Les réclamations de taxes dans ce dossier proviennent de la faillite de deux entreprises, Alternative Granite et Marbre inc. et Stone Vogue Ressources inc., le 5 novembre 2004. L'État a réclamé la TPS et la TVQ afférentes aux comptes clients des débitrices en faillite. Ceux-ci étaient alors grevés d'une sûreté constituée en vertu de l'art. 427 de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, et d'hypothèques mobilières en faveur de la Banque Nationale du Canada. Cette dernière a invoqué ses droits en vertu de ces diverses sûretés et réclamé le produit des comptes clients ainsi que les montants de TPS et de TVQ afférents à ces créances. La Banque s'est alors adressée à la Cour supérieure pour faire trancher le débat qui l'opposait ainsi au fisc. Entre-temps, le mandataire de la Banque, le syndic de faillite et l'État auraient tous perçu des parties des taxes en litige et même des comptes clients.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec*

[6] La Cour supérieure a entendu ces trois affaires séparément. Dans chacune d'entre elles, le résultat a été le même. Les trois jugements ont conclu que l'État était propriétaire des montants de TPS et de TVQ en litige. Si le syndic de faillite les recouvrait, il agissait alors à titre de mandataire du fisc. Le sous-ministre du Revenu du Québec et le ministre du Revenu du Canada ne pouvaient être considérés comme de simples créanciers ordinaires. En substance, les juges de la Cour supérieure ont décidé que les montants de TPS et de TVQ ne faisaient pas partie du patrimoine du failli : 2006 QCCS 2108, 34 C.B.R. (5th) 245 (le juge Boisvert), 2006 QCCS 6370, [2006] J.Q. n° 15239 (QL) (le juge St-Julien), 2006 QCCS 2656, 21 C.B.R. (5th) 289 (le juge Bouchard). Des appels ont été institués dans les trois dossiers devant la Cour d'appel du Québec.

B. *Quebec Court of Appeal, Forget, Doyon and Duval Hesler J.J.A.*

[7] Duval Hesler J.A., writing for the Court of Appeal, allowed the appeals and set aside the Superior Court's judgments: 2007 QCCA 1837, 2007 QCCA 1835, 2007 QCCA 1813, [2008] R.J.Q. 39. She acknowledged that the QST and the GST are direct taxes payable by the recipient of the good or service. But in her view, as a result of the 1992 amendments to the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("BIA"), the tax authorities must be treated as an ordinary creditor in such a case. They do not own tax amounts payable by purchasers of goods and services that are subject to the GST and QST, but instead have a claim against the supplier. Furthermore, any deemed trust in favour of the tax authorities ended at the time of the bankruptcy. The tax amounts in issue were therefore part of the bankrupt's patrimony but remained subject to any security interests that had been validly granted to creditors like the Caisse populaire Desjardins de Montmagny and the National Bank of Canada. This Court granted leave for three appeals from that judgment.

IV. Analysis

A. *Issues and Positions of the Parties*

[8] The issue is the nature of the rights of the tax authorities, the trustee in bankruptcy and the secured creditors to GST and QST amounts that have been collected but not remitted or are collectible at the time of the bankruptcy of a supplier within the meaning of the *AQST* and the *ETA*. In sum, the tax authorities submit that they own these amounts. In their opinion, the trustee collects the taxes on their behalf, as their mandatary, and these amounts are not part of the bankrupt's patrimony. The respondents reply that the amounts are part of the bankrupt's patrimony, subject to any validly granted security interests. In their view, the Crown does not have a right of ownership in the tax amounts and enjoys only the rights of an ordinary creditor in a bankruptcy situation. To resolve this issue, it will be necessary to begin by considering

B. *Cour d'appel du Québec, les juges Forget, Doyon et Duval Hesler*

[7] Au nom de la Cour d'appel, la juge Duval Hesler a accueilli les pourvois et infirmé les jugements de la Cour supérieure : 2007 QCCA 1837, 2007 QCCA 1835, 2007 QCCA 1813, [2008] R.J.Q. 39. Ses motifs reconnaissent que la TVQ et la TPS sont des taxes directes exigibles de l'acquéreur du bien ou du service. Cependant, selon la juge, depuis les modifications apportées en 1992 à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »), le fisc doit être traité comme un créancier ordinaire dans ce cas. Il n'est pas propriétaire des montants des taxes exigibles des acheteurs de biens et de services assujettis à la TPS et à la TVQ, mais plutôt titulaire d'une créance contre le fournisseur. Par ailleurs, toute fiducie réputée en faveur du fisc se termine au moment de la faillite. En conséquence, les montants des taxes en litige font partie du patrimoine de la faillite, mais demeurent grevés des sûretés qui avaient été valablement constituées en faveur de créanciers comme la Caisse populaire Desjardins de Montmagny ou la Banque Nationale du Canada. Trois pourvois contre cet arrêt ont été autorisés par notre Cour.

IV. Analyse

A. *Les questions en litige et la position des parties*

[8] La question en jeu est celle de la nature des droits du fisc, du syndic de faillite et des créanciers garantis sur les montants de TPS et de TVQ perçus mais non remis ou percevables au moment de la faillite d'un fournisseur au sens de la *LTVQ* et de la *LTA*. En somme, le fisc plaide qu'il est propriétaire de ces montants. Il soutient que le syndic perçoit les taxes pour son compte, comme son mandataire, et que ces taxes n'entrent pas dans le patrimoine du failli. Les intimées répondent que les montants en question font partie de ce patrimoine, sous réserve des sûretés valablement créées. Selon eux, l'État ne détient pas un droit de propriété sur les taxes et ne jouit que des droits d'un créancier ordinaire en cas de faillite. Pour régler ce litige, il faudra donc au départ examiner la nature et le mode d'application des deux taxes en cause, la TPS et la TVQ. Avant

the nature of the two taxes in issue, the GST and the QST, and the mechanism for administering them. I will also need, before ruling on the legal characterization of the Crown's rights, to discuss the effect of the 1992 amendments to the *BIA*.

B. *Nature of the GST and the QST*

[9] The GST and the QST are similar types of taxes on consumption. The legal framework for imposing them was established almost 20 years ago now. They are considered to be direct taxes, and the ultimate recipient of taxable goods and services is responsible for paying them. However, the taxes are collected, and credits apply, at each step of the manufacturing and marketing chains. In principle, the supplier acts only as a mandatary of the Crown in collecting and remitting these taxes (*Reference re Quebec Sales Tax*, [1994] 2 S.C.R. 715, at pp. 720-22).

[10] The GST, which was implemented in 1990 by legislation that amended the *ETA* (S.C. 1990, c. 45), replaced the former federal manufacturers' sales tax. The GST can be regarded as a value-added tax. It is collected at every stage of the manufacturing and marketing of goods and services and is payable by the recipient, who is regarded as the debtor in respect of the tax liability to the Crown (s. 165 *ETA*). However, the supplier is responsible for collecting and remitting the tax (s. 221(1) *ETA*). The supplier is deemed to hold the amounts so collected in trust for Her Majesty (s. 222(1) and (3) *ETA*) and must periodically file returns and make remittances. In addition, the Act establishes a system under which input credits can be claimed, at each step of the marketing and supply of the good, in respect of the taxes the supplier has had to pay to his or her own suppliers (ss. 141.01 and 169(1) *ETA*). The ultimate recipient bears the full burden of the tax (R. Brakel & Associates Ltd., *Value-Added Taxation in Canada: GST, HST, and QST* (2nd ed. 2003), at pp. 2-3). This Court has confirmed this as a valid exercise of the Parliament of Canada's taxing power (*Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445).

de se prononcer sur la qualification juridique des droits de l'État, il faudra aussi s'interroger sur l'effet des modifications à la *LFI* survenues en 1992.

B. *Nature de la TPS et de la TVQ*

[9] La TPS et la TVQ représentent toutes deux des formes voisines de taxes à la consommation. Le cadre juridique de leur imposition a été établi, il y a maintenant près de 20 ans. Elles sont considérées comme des taxes directes, dont le dernier acquéreur des produits et services taxables est responsable. Toutefois, les taxes sont prélevées et créditées à chaque étape de la fabrication et de la mise en marché. En principe, le fournisseur n'agit que comme mandataire de la Couronne pour la perception et la remise de ces taxes (*Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec*, [1994] 2 R.C.S. 715, p. 720-722).

[10] Mise en œuvre en 1990 par une loi modifiant la *LTA* (L.C. 1990, ch. 45), la TPS a remplacé l'ancienne taxe fédérale sur les ventes des fabricants. La TPS peut être considérée comme une taxe sur la valeur ajoutée. Elle est prélevée à toutes les étapes de la fabrication et de la mise en marché des produits et des services et est exigible de l'acquéreur, qui est considéré comme le débiteur de l'obligation fiscale à l'égard de l'État (art. 165 *LTA*). Cependant, le fournisseur demeure responsable de la perception et de la remise de la taxe (par. 221(1) *LTA*). Il est réputé détenir les montants perçus en fiducie pour Sa Majesté (par. 222(1) et (3) *LTA*). Il doit produire des déclarations et faire des remises périodiques. Par ailleurs, la loi établit, à chaque étape de la commercialisation ou de la fourniture du produit, un système de crédits pour intrants, correspondant aux taxes que chaque fournisseur a dû verser à ses propres fournisseurs (art. 141.01 et par. 169(1) *LTA*). Le dernier acquéreur supporte le poids entier de la taxe (R. Brakel & Associates Ltd., *Value-Added Taxation in Canada: GST, HST, and QST* (2^e éd. 2003), p. 2-3). Notre Cour a confirmé la validité de cette forme d'exercice du pouvoir de taxation du Parlement du Canada (*Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445).

[11] In parallel with this federal tax reform, an in-depth review of the consumption tax system took place in Quebec. In 1991, the National Assembly enacted new sales tax legislation, the *Act respecting the Québec sales tax and amending various fiscal legislation*, S.Q. 1991, c. 67. The National Assembly's intention in enacting this statute was to achieve extensive harmonization with the GST and to align this aspect of Quebec's tax system with the model chosen by the Parliament of Canada. The legislation came into force on July 1, 1992 (Brakel, at pp. 3-4). Under an agreement with the Government of Canada, the Quebec government is responsible for collecting both the GST and the QST in Quebec (Brakel, at p. 4). Moreover, pursuant to s. 20 of the *Act respecting the Ministère du Revenu*, R.S.Q., c. M-31 ("AMR"), amounts collected by suppliers of goods and services are deemed to be held in trust for the State. This Court held that this new sales tax falls within the provincial taxing power under s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867 (Reference re Quebec Sales Tax)*.

C. *Effects of the Amendments to the BIA on the Status of Claims of the Crown*

[12] In 1992, the Parliament of Canada also made extensive changes to the *BIA*, and those changes are of particular relevance to this issue of the nature and extent of the Crown's rights to recover the GST and QST amounts. The amendments in question were set out in the *Act to amend the Bankruptcy Act and to amend the Income Tax Act in consequence thereof*, S.C. 1992, c. 27. Some of these changes related to the Crown's priority in bankruptcy situations. The federal government seemed at the time to want to respond to criticisms that the system establishing the priority of the Crown's claims often left nothing for a bankrupt's ordinary creditors. A government spokesperson acknowledged these concerns at the time of the introduction of the legislation to revise the Crown priority system:

[11] Parallèlement à cette réforme de la fiscalité fédérale, une révision en profondeur du régime de taxation de la consommation a eu lieu au Québec. En 1991, l'Assemblée nationale a adopté une nouvelle loi sur la taxe de vente, la *Loi sur la taxe de vente du Québec et modifiant diverses dispositions législatives d'ordre fiscal*, L.Q. 1991, ch. 67. L'Assemblée nationale cherchait alors à réaliser une harmonisation poussée avec la TPS et à aligner cette partie de la fiscalité québécoise sur le modèle fiscal choisi par le Parlement du Canada. Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1992 (Brakel, p. 3-4). Une entente entre le gouvernement du Canada et celui du Québec a confié à ce dernier la responsabilité de percevoir à la fois la TPS et la TVQ au Québec (Brakel, p. 4). Par ailleurs, en raison de l'art. 20 de la *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., ch. M-31 (« LMR »), les sommes prélevées par les fournisseurs de biens et de services sont réputées détenues en fiducie pour l'État. Notre Cour a reconnu que cette nouvelle taxe de vente respectait les limites du pouvoir de taxation accordé aux provinces par le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867 (Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec)*.

C. *Les modifications apportées à la LFI et leurs effets sur le statut des créances de l'État*

[12] En 1992, le Parlement du Canada a aussi apporté des changements importants à la *LFI*, dont l'application joue un rôle important dans le présent débat sur la nature et l'étendue des droits de l'État au recouvrement des montants de TPS et de TVQ. Ces modifications se retrouvent dans la *Loi modifiant la Loi sur la faillite et la Loi de l'impôt sur le revenu en conséquence*, L.C. 1992, ch. 27. Certains de ces changements touchent les priorités de l'État en cas de faillite. Le gouvernement du Canada semblait alors soucieux de répondre aux critiques selon lesquelles le régime des priorités des créances de l'État ne laissait souvent rien dans les faillites pour les créanciers ordinaires. Un porte-parole du gouvernement a reconnu ces préoccupations lors de la présentation des mesures législatives destinées à revoir le régime des priorités de l'État :

We also took steps to limit the priority of the Crown, one of the more blatantly unfair aspect[s] of the present Bankruptcy Act.

(*House of Commons Debates*, vol. II, 3rd Sess., 34th Parl., June 19, 1991, at p. 2106)

[13] Felix Holtmann, the Chairman of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations, also acknowledged the problems and injustices caused by the proliferation of deemed trusts developed to protect the Crown's claims. He stressed the need to reduce the extent of such trusts in order to achieve a better balance among creditors in bankruptcy situations:

One of the main areas is Crown priority. Under the present Bankruptcy Act the Crown has a preferred claim for various types of taxes and ranks ahead of all unsecured creditors. In 1970 a study report made reference to Crown priority; then again in 1986 proposed bankruptcy amendments recommended the abolition of the Crown priority. With the Crown priority, creditors are less likely to participate in an insolvency, in a bankruptcy, and today rarely come out to meetings of creditors because there are no assets. The assets are fully secured to the secured creditors, banks and major lenders as well as to Crowns. As a result there is virtually nothing left for the unsecureds. We recommend that the Crown priority be abolished and that if the Crown wants to contract directly with the debtor, it be entitled to a contractual priority but not a Crown priority.

(*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 9, September 5, 1991, at p. 9:5)

[14] During the parliamentary debates on Bill C-22 regarding the amendment of the *BIA*, comments by the government spokesperson confirmed that the government intended to reduce the Crown to the rank of an ordinary creditor in bankruptcy situations:

Nous avons également pris des mesures pour réduire les priorités de la Couronne, une des injustices les plus flagrantes de l'actuelle loi sur la faillite.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 3^e sess., 34^e lég., 19 juin 1991, p. 2106)

[13] Le président du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale, M. Felix Holtmann, avait lui aussi reconnu les difficultés et les injustices causées par la prolifération des fiducies réputées instituées pour protéger des créances de l'État. Il avait souligné la nécessité d'en réduire la portée afin de réaliser un meilleur équilibre entre les créanciers à la suite d'une faillite :

L'un des éléments clés des mesures étudiées concerne la priorité accordée à la Couronne. Aux termes de la Loi sur la faillite actuelle, la Couronne bénéficie d'un droit préférentiel pour le recouvrement de différentes catégories d'impôt et se place au premier rang de tous les créanciers non garantis. Une étude réalisée en 1970 faisait mention de la priorité accordée à la Couronne, et cette question a été reprise en 1986 quand des modifications à la loi qui étaient proposées recommandaient l'abolition de cette priorité de la Couronne. En effet, du fait de cette priorité, les créanciers s'intéressent moins à une participation à un cas d'insolvabilité, à une faillite, et, même, ne se présentent que rarement de nos jours aux réunions de créanciers, car il n'y a tout simplement pas d'actifs. Les actifs sont grevés de privilèges en faveur des créanciers garantis, des banques et des principaux prêteurs ainsi que de la Couronne. En conséquence, il ne reste pratiquement rien pour compenser les créanciers non garantis. Nous recommandons l'abolition du traitement préférentiel accordé à la Couronne, et si celle-ci désire établir des rapports contractuels avec le débiteur, elle serait alors autorisée à se réclamer d'une priorité contractuelle, et non pas d'un privilège de la Couronne.

(*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n^o 9, 5 septembre 1991, p. 9:5)

[14] Au cours des débats parlementaires au sujet du projet de loi C-22 portant sur la modification de la *LFI*, des remarques du porte-parole du gouvernement ont confirmé l'intention de celui-ci de ramener l'État au rang de créancier ordinaire en cas de faillite :

A second very important point in the legislation is that the Government of Canada, the Crown, does not put itself in a priority position. It stands in line with the unsecured creditors in almost all cases except for the deductions of tax and unemployment owed.

(*House of Commons Debates*, vol. IV, 3rd Sess., 34th Parl., November 1, 1991, at p. 4354)

In the course of the discussions in the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations, the government spokesperson had clearly expressed the intention to abolish the deemed trust in respect of the GST in bankruptcy situations:

As far as the GST is concerned, if there is a deemed trust for GST, it will not come under this particular provision so it will not survive. If there is a statutory lien or priority, or a statutory security interest for GST, it will not take priority under this legislation unless it is a registered interest.

(*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 10, September 5, 1991, at p. 10:18)

[15] The amendments to the bankruptcy legislation appear to be consistent with the legislative intention announced during the parliamentary debates. First of all, s. 67 *BIA* reinforces the principle that all the bankrupt's property is part of the estate of the bankrupt and constitutes the common pledge of the creditors, although with the exception of property held in trust for another person. However, s. 67(2) *BIA* provides that, with certain exceptions, property may not be regarded as held in trust unless it would be so regarded in the absence of a statutory provision. This renders statutory trusts ineffective without affecting trusts resulting from the common law or the civil law or statutory trusts that secure claims of the federal and provincial Crowns related to source deductions for income tax, a comprehensive pension plan or the federal employment insurance program (s. 67(3) *BIA*). No mention is made of trusts related to the GST or to provincial taxes such as the QST. Moreover, s. 86(1) *BIA* confirms that

Le deuxième élément important de ce projet de loi, c'est que le gouvernement du Canada, l'État, ne se place pas en position prioritaire, mais au même rang que les créanciers non garantis dans tous les cas, sauf pour les retenues d'impôt et d'assurance-chômage qui sont dues.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 3^e sess., 34^e lég., 1^{er} novembre 1991, p. 4354)

Au cours des discussions au Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale, l'intention d'abolir la fiducie réputée pour la TPS, en cas de faillite, a été clairement exprimée par le porte-parole du gouvernement :

Dans le cas de la TPS, s'il existe une fiducie présumée pour cette taxe, elle ne sera pas visée par cette disposition particulière et elle s'éteindra d'elle-même. S'il y a une obligation ou une priorité prévue par la loi, ou s'il y a une garantie prévue par la loi pour la TPS, cette mesure législative ne lui donnera pas de priorité, à moins qu'il ne s'agisse d'un droit enregistré.

(*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n^o 10, 5 septembre 1991, p. 10:18)

[15] Les modifications apportées à la législation sur la faillite paraissent correspondre à l'intention législative annoncée au cours des débats parlementaires. D'abord, l'art. 67 *LFI* consolide le principe selon lequel l'ensemble des biens du failli fait partie de l'actif de la faillite et constitue le gage commun des créanciers, à l'exception toutefois des biens détenus en fiducie pour autrui. Cependant, selon le par. 67(2) *LFI* et sauf exception, aucun bien ne peut être considéré comme détenu en fiducie dans les cas où il ne serait pas considéré comme détenu en fiducie en l'absence d'une disposition législative. Cette mesure prive d'effet les fiducies législatives sans toucher aux fiducies qui résultent de la common law ou du droit civil ou aux fiducies législatives qui garantissent les créances de l'État fédéral et des provinces relatives aux retenues à la source pour l'impôt sur le revenu et un régime de pension général, ainsi que pour le régime fédéral d'assurance-emploi (par. 67(3) *LFI*). Aucune mention n'est faite

the Crown is only an ordinary creditor in a bankruptcy situation:

86. (1) In relation to a bankruptcy or proposal, all provable claims, including secured claims, of Her Majesty in right of Canada or a province or of any body under an Act respecting workers' compensation, in this section and in section 87 called a "workers' compensation body", rank as unsecured claims.

[16] In addition, not long after these changes to the *BIA*, the Parliament of Canada enacted concordance amendments with regard to GST claims (S.C. 1993, c. 27). It added subs. (1.1) to s. 222 *ETA*. As a result of this provision, deemed trusts intended to secure GST claims are ineffective in bankruptcy situations:

222. . . .

(1.1) Subsection (1) does not apply, at or after the time a person becomes a bankrupt (within the meaning of the *Bankruptcy and Insolvency Act*), to any amounts that, before that time, were collected or became collectible by the person as or on account of tax under Division II.

[17] The Quebec legislation respecting the QST does not contain a provision similar to s. 222(1.1) *ETA* that renders the deemed trust in favour of the tax authorities ineffective in bankruptcy situations. However, according to a settled principle of constitutional law regarding the Parliament of Canada's legislative authority over bankruptcy and insolvency, the provincial legislatures may not modify the order of priority established in the *BIA*. In the event of conflict, the *BIA* will prevail and the provincial statute will be inapplicable regardless of the legislature's intention (*D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Québec (Attorney General)*, 2005 SCC 52, [2005] 2 S.C.R. 564, at para. 12, *per Deschamps J.*).

[18] The tax authorities do not dispute the clear terms of the statutory provisions. Rather, they argue that those provisions do not apply to the GST and the QST and that the Crown is not a creditor, but the owner of the tax amounts. Thus, the amounts

des fiducies relatives à la TPS ou à des taxes provinciales comme la TVQ. Par ailleurs, le par. 86(1) *LFI* confirme que l'État n'est qu'un créancier ordinaire en cas de faillite :

86. (1) Dans le cadre d'une faillite ou d'une proposition, les réclamations prouvables — y compris les réclamations garanties — de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province ou d'un organisme compétent au titre d'une loi sur les accidents du travail prennent rang comme réclamations non garanties.

[16] De plus, peu de temps après ces changements à la *LFI*, le Parlement du Canada a adopté des modifications de concordance au sujet des créances relatives à la TPS (L.C. 1993, ch. 27). Le Parlement a ajouté à l'art. 222 *LTA* un par. (1.1) qui prive d'effet les fiducies réputées destinées à garantir les créances relatives à la TPS en cas de faillite :

222. . . .

(1.1) Le paragraphe (1) ne s'applique pas, à compter du moment de la faillite d'un failli, au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, aux montants perçus ou devenus percevables par lui avant la faillite au titre de la taxe prévue à la section II.

[17] La législation québécoise sur la TVQ ne contient pas de disposition analogue à celle du par. 222(1.1) *LTA* pour mettre fin à la fiducie réputée en faveur du fisc en cas de faillite. On se rappellera, toutefois, qu'un principe de droit constitutionnel bien établi et concernant la mise en œuvre de la compétence législative du Parlement du Canada sur la faillite et l'insolvabilité ne permet pas aux législatures provinciales de créer des priorités incompatibles avec l'ordre de collocation établi par la *LFI*. Cette loi prévaut en cas de conflit et rend la législation provinciale inapplicable, sans égard à l'intention de la législature (*D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 52, [2005] 2 R.C.S. 564, par. 12, la juge Deschamps).

[18] Le fisc ne conteste pas la teneur évidente des textes législatifs. Il plaide plutôt qu'ils ne s'appliquent pas à la TPS et à la TVQ. L'État ne serait pas créancier, mais propriétaire des montants des taxes. Ainsi, les montants perçus ou percevables

collected or collectible at the time of the bankruptcy in respect of the GST or the QST do not form part of the bankrupt's patrimony. As a result, they are not included in the property that is to be liquidated in accordance with the order of priority established in the *BIA*. It will therefore be necessary to resolve the issue of the legal characterization of the Crown's rights with respect to the GST and QST amounts. The characterization of those rights will essentially resolve the dispute before this Court.

D. *Legal Characterization of the Crown's Rights*

[19] In this analysis, it is important to abide by the fundamental rules of contemporary statutory interpretation. Parliament's intent must be ascertained, and to do this, it is often necessary to review the statutory provisions at issue in their overall context (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 276). This approach casts doubt on the validity of the tax authorities' arguments.

[20] The appellants' arguments consist of a few fundamental propositions. They submit, first, that the GST and the QST are direct taxes on consumption. They are imposed on the consumer, and more specifically on the ultimate recipient of a taxable good or service. The legislation establishes a direct link between the Crown and the recipient, as the former may claim the taxes payable directly from the latter if they have not been collected (s. 296(1)(b) *ETA*). The appellants contend that where the GST is collected by a trustee in bankruptcy, the trustee, like the bankrupt supplier, collects it as an agent of, and on behalf of, the Crown. And the Crown is in a similar legal situation where the QST is concerned. The recipient owes the sales tax to the Crown pursuant to ss. 16 and 82 *AQST*. The supplier collects the tax on the Crown's behalf and is deemed to be a mandatary of the Crown pursuant to s. 422 *AQST*. Moreover, under s. 23 *AMR*, a person who does not collect a tax he or she was required to collect becomes a debtor of the State for that amount. The appellants further submit that, in the context of the *ETA* and the *AQST*, the

au moment de la faillite, au titre de la TPS ou de la TVQ, ne feraient pas partie du patrimoine du failli et donc de l'ensemble des biens destinés à être liquidés conformément au régime de collocation établi par la *LFI*. Il faut donc régler le problème de la qualification juridique des droits de l'État à l'égard des montants de TPS et de TVQ. Cette qualification résoudra l'essentiel du débat dont notre Cour est saisie.

D. *La qualification juridique des droits de l'État*

[19] Il importe, au cours de cette analyse, de rester fidèle aux règles fondamentales de l'interprétation législative contemporaine. Il faut rechercher l'intention du législateur et, pour ce faire, il est souvent nécessaire d'étudier les dispositions législatives en cause dans leur cadre d'ensemble (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 276). L'usage de cette méthode provoque un peu de scepticisme à l'égard de la validité des arguments du fisc.

[20] Les moyens des appelants se composent de quelques propositions fondamentales. D'abord, selon leurs prétentions, la TPS et la TVQ conservent leur caractère de taxes directes à la consommation. Elles sont imposées au consommateur, plus précisément au dernier acquéreur du bien ou service taxable. La loi crée un lien direct entre l'État et l'acquéreur, puisque le premier peut réclamer directement au second les taxes exigibles lorsqu'elles n'ont pas été perçues (al. 296(1)(b) *LTA*). Dans le cas où la TPS est perçue par un syndic de faillite, les appelants soutiennent que le syndic la recouvre, comme le fournisseur failli, à titre de mandataire de l'État, pour le compte de celui-ci. Dans le cas de la TVQ, la situation juridique de l'État serait semblable. L'acquéreur doit la taxe de vente à l'État selon les art. 16 et 82 *LTVQ*. Le fournisseur perçoit la taxe pour le compte de l'État, dont il est réputé être le mandataire, selon l'art. 422 *LTVQ*. Par ailleurs, la personne qui n'a pas perçu la taxe qu'elle devait percevoir en devient débitrice envers l'État, suivant l'art. 23 *LMR*. Toujours selon les appelants, dans le contexte établi par la *LTA* et

supplier, a mandatary of the Crown, is responsible, after supplying a taxable service or good to a consumer, for the recovery of property — a GST or QST amount — that belongs to the Crown and that remains Crown property, until it is remitted to the Crown. The legal situation is the same regardless of whether the tax is collected by the supplier or by a trustee after its bankruptcy. In the appellants' view, when the collected tax is remitted, the mandatary does not settle a claim, but remits to the Crown its own property. Moreover, according to this argument, this Court has established a general principle that, in performing its obligation, the mandatary does not discharge a debt, but delivers over property belonging to the mandator (*Victuni AG v. Minister of Revenue of Quebec*, [1980] 1 S.C.R. 580, at p. 584, *per* Pigeon J.).

[21] This set of legal propositions disregards the mechanisms for administering the GST and the QST. The legal characterization of the relationships between the tax authorities and the suppliers and recipients of goods and services cannot be considered in isolation from the overall context of the system for the collection and remittance of these taxes and from the provisions of the *BIA*.

[22] An initial comment must be made about the impact of the federal bankruptcy legislation. The appellants are oversimplifying the trustee's role and, in particular, his or her legal situation *vis-à-vis* the bankrupt. This Court has noted the complexity of the trustee's duties in, for example, *Lefebvre (Trustee of)*, 2004 SCC 63, [2004] 3 S.C.R. 326, at paras. 35-37. The trustee's role is not limited to representing the bankrupt. The trustee manages the bankrupt's patrimony and is seized thereof as a result of the bankruptcy, but he or she also represents the creditors and is responsible to them for the liquidation and orderly distribution of the patrimony.

[23] In the cases before the Court, the trustees were responsible for liquidating a patrimony that included the GST and QST amounts in issue, as the Court of Appeal concluded (see paras. 51-55). In her reasons, Duval Hesler J.A. clearly and correctly defined the nature of the trustee's role in this

la *LTVQ*, le fournisseur, mandataire de l'État, est chargé de recouvrer un bien, la TPS ou la TVQ, qui appartient à l'État et qui demeure sa propriété jusqu'à ce qu'il lui soit remis après la fourniture du service ou du bien taxable au consommateur. La situation juridique ne change pas, que le recouvrement de la taxe soit fait par le fournisseur ou par le syndic à sa faillite. Selon les appelants, au moment de la remise de la taxe perçue, le mandataire ne règle pas une créance, mais remet à l'État un bien qui lui appartient. D'ailleurs, d'après cet argument, notre Cour aurait posé comme principe général que le mandataire, en exécutant son obligation, n'acquitte pas sa dette, mais livre son bien au mandant (*Victuni AG c. Ministre du Revenu du Québec*, [1980] 1 R.C.S. 580, p. 584, le juge Pigeon).

[21] Ce faisceau de propositions juridiques fait fi des mécanismes d'application de la TPS et de la TVQ. En effet, la qualification juridique des rapports entre le fisc, les fournisseurs et les acquéreurs de biens et services ne saurait être isolée de l'ensemble du contexte établi par le système de perception et de remise de ces taxes et par les dispositions de la *LFI*.

[22] Une première remarque s'impose au sujet de l'impact de la législation fédérale sur les faillites. Les appelants simplifient à l'excès le rôle du syndic et, notamment, sa situation juridique *vis-à-vis* du failli. Notre Cour a d'ailleurs souligné la complexité des fonctions du syndic, par exemple dans l'arrêt *Lefebvre (Syndic de)*, 2004 CSC 63, [2004] 3 R.C.S. 326, par. 35-37. Son rôle ne se réduit pas à la seule représentation du failli. Il assure la gestion du patrimoine du failli, dont la faillite lui donne la saisine, mais il représente aussi les créanciers à l'égard desquels il est responsable de la liquidation et de la distribution ordonnée de ce patrimoine.

[23] Dans les cas que notre Cour examine, les syndics avaient la charge de liquider un patrimoine qui comprenait les montants de TPS et de TVQ en litige, comme l'a conclu la Cour d'appel (voir par. 51-55). L'opinion de la juge Duval Hesler définit d'ailleurs clairement et correctement la nature du rôle du

respect. The reason why the supplier was given the status of a mandatary was to ensure that the tax qualified as a direct tax so that the imposition, by the province of Quebec, of the QST in a form compatible with that of the federal GST would be constitutional (para. 50). However, the fact that this tax is ultimately borne by the recipient does not support a finding that the supplier and then the trustee, the bankrupt's representative, merely collect and remit the Crown's "property" or "thing". The nature of the collection mechanism for the two taxes suggests another interpretation of the legal situation.

[24] This mechanism is designed to implement a direct tax that is also a tax on the value added at each stage of the production and marketing of the good or service until it is acquired by its ultimate recipient. In such a system, as Duval Hesler J.A. noted, [TRANSLATION] "[t]he dollar collected is not the dollar remitted" (para. 52).

[25] First of all, the collection mechanism does not require separate invoices for the GST and the QST. These taxes are indicated and included in the invoice or other document given to the recipient (s. 223 *ETA*; s. 425 *AQST*). Next, the tax amounts collected by suppliers are remitted in accordance with the accrual, not cash, method of accounting. At periodic intervals, which vary depending on the individual supplier's sales and sometimes on the nature of the business, suppliers remit to the tax authorities amounts corresponding to the tax amounts that have been billed for and are collectible during the reporting period in question even if these collectible amounts have not in fact been collected from the recipients. When sending remittances, suppliers deduct from the amounts being remitted credits corresponding to their own inputs, that is, to the taxes they have paid to their own suppliers. Thus, they remit net tax amounts based on the difference between the taxes they have collected and the taxes they themselves have paid (s. 228 *ETA*; s. 437 *AQST*). At times, under this system, they can obtain rebates.

[26] Moreover, nothing in the legislation respecting the GST and the QST requires suppliers to keep

syndic en cette matière. La création du mandat du fournisseur visait à conserver à la taxe son caractère de taxe directe, pour sauvegarder la capacité constitutionnelle de la province de Québec d'imposer la TVQ dans une forme compatible avec la TPS fédérale (par. 50). Cependant, le fait que cette taxe repose en définitive sur l'acquéreur ne permet pas de conclure que le fournisseur, puis le syndic, représentant du failli, ne font que percevoir et remettre « le bien », « la chose » de l'État. La nature du mécanisme de perception des deux taxes suggère une autre interprétation de la situation juridique.

[24] En effet, ce mécanisme vise à mettre en place une taxe directe qui est aussi une taxe sur la valeur ajoutée, à toutes les étapes de la production et de la mise en marché, jusqu'à l'acquisition du bien ou du service par son dernier acquéreur. Dans un tel régime, comme le souligne la juge Duval Hesler : « Le dollar perçu n'est pas le dollar remis » (par. 52).

[25] D'abord, le mécanisme de perception mis en place n'exige pas une facturation distincte de la TPS et de la TVQ. Ces taxes se trouvent indiquées et incluses dans la facture ou dans le document remis à l'acquéreur (art. 223 *LTA*; art. 425 *LTVQ*). Ensuite, la remise des taxes perçues par les fournisseurs se fait sur la base d'une comptabilité d'exercice et non de caisse. À des échéances périodiques, qui varient selon son chiffre d'affaires et parfois d'après la nature de son entreprise, le fournisseur remet au fisc des montants correspondant aux taxes facturées et percevables, au cours de la période visée par son rapport, même s'il ne les a pas effectivement recouvrées des acquéreurs. En envoyant sa remise, il déduit de son paiement des crédits correspondant à ses propres intrants, c'est-à-dire aux taxes qu'il a payées à ses fournisseurs. Chaque fournisseur remet donc une taxe nette basée sur la différence entre la taxe qu'il a perçue et celle qu'il a lui-même versée (art. 228 *LTA*; art. 437 *LTVQ*). Ce système lui permet parfois d'obtenir des remboursements.

[26] Par ailleurs, rien dans les lois relatives à la TPS et à la TVQ n'oblige le fournisseur à conserver

the taxes they collect separate. Until a bankruptcy occurs, only the deemed trusts established by s. 222 *ETA* and s. 20 *AMR* lead to this legal result by giving the tax authorities a right to equivalent amounts from the suppliers' assets. Finally, while it is true that the recipient owes the tax to the Crown, a supplier who has remitted the tax owed by the recipient but has not collected it has a cause of action against the recipient (s. 224 *ETA*; s. 427 *AQST*).

[27] The statutory mandate imposed on the supplier to collect the GST and the QST differs from the mandate in issue in *Victuni*, which related to the acquisition and development of an immovable. The mandate with respect to the two taxes involves the performance of obligations to collect and then to remit, not the amounts collected, but a balance resulting from offsetting claims of the Crown and the supplier. The existence of these offsetting claims confirms that claims for the amounts collected by suppliers are fungible, as this Court in fact pointed out in *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24, at pp. 34-35.

[28] I note that the appellants' position amounts to maintaining that the deemed trusts established by s. 222 *ETA* and s. 20 *AMR* continue to exist after a bankruptcy. The appellants' argument is inconsistent with the nature of their rights under the system for the collection and remittance of the GST and QST. It also conflicts with Parliament's clear intent and with the very explicit wording of the relevant statutory provisions regarding what is to happen if a supplier goes bankrupt. Before 1992, the Crown held a priority where certain tax claims were concerned. These claims were often protected by an increasingly complex series of statutory deemed trusts. The 1992 amendments to the *BIA* rendered these trusts ineffective in a bankruptcy situation, although there were exceptions with respect, for example, to claims for income tax source deductions (see, for example, *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond v. Canada*, 2009 SCC 29, [2009] 2 S.C.R. 94). Other than where these exceptions apply, when a debtor goes bankrupt, the Crown becomes an ordinary creditor. The trustee will give it the same priority as other

à part les taxes perçues. Jusqu'à la faillite, seules les fiducies réputées établies par l'art. 222 *LTA* et l'art. 20 *LMR* permettent ce résultat juridique, en créant un droit en faveur du fisc sur des montants équivalents des actifs des fournisseurs. Enfin, s'il est vrai que l'acquéreur doit la taxe à l'État, le fournisseur qui a effectivement remis la taxe due par l'acquéreur, sans l'avoir perçue, obtient un recours contre celui-ci (art. 224 *LTA*; art. 427 *LTVQ*).

[27] Le mandat législatif imposé au fournisseur pour la perception de la TPS et de la TVQ diffère du mandat étudié dans l'arrêt *Victuni*, qui portait sur l'acquisition et l'exploitation d'un immeuble. Le mandat relatif aux deux taxes vise l'exécution d'obligations de perception, suivies de la remise non pas des sommes perçues, mais du solde résultant de la compensation des créances de l'État et du fournisseur. Ce système de compensation confirme la fongibilité des créances relatives aux sommes perçues par les fournisseurs, fongibilité que soulignait d'ailleurs notre Cour dans l'arrêt *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24, p. 34-35.

[28] Je constate que la position des appelants équivaut à soutenir que les fiducies réputées établies par l'art. 222 *LTA* et l'art. 20 *LMR* survivent à la faillite. La thèse défendue par les appelants s'avère incompatible avec la nature des droits que leur reconnaît le système de perception et de remise de la TPS et de la TVQ. Elle ne respecte pas non plus l'intention claire du Parlement fédéral et la rédaction fort explicite des textes législatifs pertinents, lorsque survient la faillite d'un fournisseur. Avant 1992, l'État détenait des priorités pour protéger certaines créances fiscales. Ces créances se trouvaient souvent protégées par un ensemble de plus en plus touffu de fiducies législatives réputées. Les modifications apportées en 1992 à la *LFI* ont privé ces fiducies d'effet en cas de faillite, sauf quelques exceptions comme les créances pour la retenue à la source des impôts sur le revenu (voir, pour un cas d'application, *Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada*, 2009 CSC 29, [2009] 2 R.C.S. 94). Pour le surplus, une fois la faillite survenue, l'État devient un créancier ordinaire. Le syndic le colloquera avec les autres créanciers de

creditors of the same rank. The trustee will be personally responsible for paying the GST or QST in respect of its own activities only (s. 265 *ETA*; s. 302.1 *AQST*).

[29] Canadian tax authorities are bound by the choice of legislative policy now expressed in the *BIA*. The order of priority established in the *BIA* is also binding on the Quebec tax authorities, even though the *AMR* is silent on what happens to the deemed trust established in s. 20 thereof in the event of bankruptcy. The appellants' arguments conflict with both the words of the statutory provisions in question and their underlying legislative intent, and cannot be accepted.

V. Conclusion

[30] For these reasons, I would affirm the decision of the Quebec Court of Appeal and dismiss the appellants' appeals with costs.

APPENDIX

Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15

165. (1) Subject to this Part, every recipient of a taxable supply made in Canada shall pay to Her Majesty in right of Canada tax in respect of the supply calculated at the rate of 5% on the value of the consideration for the supply.

. . .

221. (1) Every person who makes a taxable supply shall, as agent of Her Majesty in right of Canada, collect the tax under Division II payable by the recipient in respect of the supply.

. . .

222. (1) Subject to subsection (1.1), every person who collects an amount as or on account of tax under Division II is deemed, for all purposes and despite any security interest in the amount, to hold the amount in trust for Her Majesty in right of Canada, separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, until the amount is remitted to the Receiver General or withdrawn under subsection (2).

même rang. Le syndic ne sera tenu personnellement au paiement de la TPS et de la TVQ que pour ses propres opérations (art. 265 *LTA*; art. 302.1 *LTVQ*).

[29] Les autorités fiscales canadiennes sont liées par le choix de politique législative exprimée aujourd'hui dans la *LFI*. L'ordre de collocation établi par celle-ci lie également le fisc québécois, même si la *LMR* demeure muette à propos du sort de la fiducie réputée établie par son art. 20 à la suite d'une faillite. Les prétentions des appelants contredisent le texte des dispositions législatives en question et l'intention législative qui leur est sous-jacente, et ne sauraient être retenues.

V. Conclusion

[30] Pour ces motifs, je confirmerais l'arrêt de la Cour d'appel du Québec et je rejeterais les pourvois des appelants avec dépens.

ANNEXE

Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15

165. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, l'acquéreur d'une fourniture taxable effectuée au Canada est tenu de payer à Sa Majesté du chef du Canada une taxe calculée au taux de 5 % sur la valeur de la contrepartie de la fourniture.

. . .

221. (1) La personne qui effectue une fourniture taxable doit, à titre de mandataire de Sa Majesté du chef du Canada, percevoir la taxe payable par l'acquéreur en vertu de la section II.

. . .

222. (1) La personne qui perçoit un montant au titre de la taxe prévue à la section II est réputée, à toutes fins utiles et malgré tout droit en garantie le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, séparé de ses propres biens et des biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ceux de la personne, jusqu'à ce qu'il soit versé au receveur général ou retiré en application du paragraphe (2).

(1.1) Subsection (1) does not apply, at or after the time a person becomes a bankrupt (within the meaning of the *Bankruptcy and Insolvency Act*), to any amounts that, before that time, were collected or became collectible by the person as or on account of tax under Division II.

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

(a) to be held, from the time the amount was collected by the person, in trust for Her Majesty, separate and apart from the property of the person, whether or not the property is subject to a security interest, and

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was collected, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty in right of Canada despite any security interest in the property or in the proceeds thereof and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

An Act respecting the Québec sales tax, R.S.Q., c. T-0.1

16. Every recipient of a taxable supply made in Québec shall pay to the Minister of Revenue a tax in respect of the supply calculated at the rate of 7.5% on the value of the consideration for the supply.

422. Every person who makes a taxable supply shall, as a mandatary of the Minister, collect the tax payable by the recipient under section 16 in respect of the supply.

(1.1) Le paragraphe (1) ne s'applique pas, à compter du moment de la faillite d'un failli, au sens de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, aux montants perçus ou devenus percevables par lui avant la faillite au titre de la taxe prévue à la section II.

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est perçu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté du chef du Canada a un droit de bénéficiaire malgré tout autre droit en garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie.

Loi sur la taxe de vente du Québec, L.R.Q., ch. T-0.1

16. Tout acquéreur d'une fourniture taxable effectuée au Québec doit payer au ministre du Revenu une taxe à l'égard de la fourniture calculée au taux de 7,5 % sur la valeur de la contrepartie de la fourniture.

422. Toute personne qui effectue une fourniture taxable doit, à titre de mandataire du ministre, percevoir la taxe payable par l'acquéreur en vertu de l'article 16 à l'égard de cette fourniture.

An Act respecting the Ministère du Revenu, R.S.Q., c. M-31

20. Every person who deducts, withholds or collects any amount under a fiscal law is deemed to hold it in trust for the State, separately from the person's patrimony and the person's own funds, for payment to the State in the manner and at the time provided under a fiscal law.

Where at any time an amount deemed by the first paragraph to be held by a person in trust for the State is not paid to the State in the manner and at the time provided under a fiscal law, an amount equal to the amount thus deducted, withheld or collected is deemed, from the time the amount is deducted, withheld or collected, to be held in trust for the State, separately from the person's patrimony and the person's own funds, and to form a separate fund not forming part of the property of that person, whether or not the amount has in fact been held separately from that person's patrimony or that person's own funds.

. . .

23. Every person who does not collect a duty that he was bound to collect as a mandatary of the Minister or does not withhold a duty that he was bound to withhold, under a fiscal law or a regulation made under such a law, shall become a debtor of the State for the amount of that duty, with the exception of the withholding provided for in section 1015 of the Taxation Act (chapter I-3), unless the withholding concerns a duty that a person was required to withhold from an amount paid to another person who is not resident in Canada for services performed in Québec.

. . .

24. Every person who deducts, withholds or collects an amount under a fiscal law is bound to pay to the Minister, at the date fixed by such law, or in accordance with the provision for such payment, an amount equal to that which the person must remit under the said Act.

. . .

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3

67. (1) The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise

Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., ch. M-31

20. Toute personne qui déduit, retient ou perçoit un montant quelconque en vertu d'une loi fiscale est réputée le détenir en fiducie pour l'État, séparé de son patrimoine et de ses propres fonds, et en vue de le verser à l'État selon les modalités et dans le délai prévus par une loi fiscale.

En cas de non-versement à l'État, selon les modalités et dans le délai prévus par une loi fiscale, d'un montant qu'une personne est réputée par le premier alinéa détenir en fiducie pour l'État, un montant égal au montant ainsi déduit, retenu ou perçu est réputé, à compter du moment où le montant est déduit, retenu ou perçu, être détenu en fiducie pour l'État, séparé de son patrimoine et de ses propres fonds, et former un fonds séparé ne faisant pas partie des biens de cette personne, que ce montant ait été ou non, dans les faits, tenu séparé du patrimoine de cette personne ou de ses propres fonds.

. . .

23. Toute personne qui ne perçoit pas un droit qu'elle était tenue de percevoir comme mandataire du ministre ou ne retient pas un droit qu'elle était tenue de retenir, en vertu d'une loi fiscale ou d'un règlement adopté en vertu d'une telle loi, devient débitrice envers l'État du montant de ce droit, à l'exception de la retenue prévue à l'article 1015 de la Loi sur les impôts (chapitre I-3), sauf si cette retenue concerne un droit qu'une personne devait retenir sur un montant payé à une autre personne qui ne réside pas au Canada pour services rendus au Québec.

. . .

24. Toute personne qui déduit, retient ou perçoit un montant en vertu d'une loi fiscale est tenue de payer au ministre, à la date fixée par cette loi ou conformément à la disposition prévue pour un tel paiement, un montant égal à celui qu'elle est tenue de remettre en vertu de cette loi.

. . .

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3

67. (1) Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants :

(a) property held by the bankrupt in trust for any other person,

a) les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne;

(2) Subject to subsection (3), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a bankrupt shall not be regarded as held in trust for Her Majesty for the purpose of paragraph (1)(a) unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(2) Sous réserve du paragraphe (3) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens du failli ne peut, pour l'application de l'alinéa (1)a), être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(3) Subsection (2) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* (each of which is in this subsection referred to as a “federal provision”) nor in respect of amounts deemed to be held in trust under any law of a province that creates a deemed trust the sole purpose of which is to ensure remittance to Her Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province where

(3) Le paragraphe (2) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes de toute loi d'une province créant une fiducie présumée dans le seul but d'assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d'une loi de cette province, dans la mesure où, dans ce dernier cas, se réalise l'une des conditions suivantes :

(a) that law of the province imposes a tax similar in nature to the tax imposed under the *Income Tax Act* and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as the amounts referred to in subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, or

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

(b) the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan*, that law of the province establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as amounts referred to in subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan*,

b) cette province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

and for the purpose of this subsection, any provision of a law of a province that creates a deemed trust is, notwithstanding any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as the corresponding federal provision.

Pour l'application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l'encontre de tout créancier du failli et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

86. (1) In relation to a bankruptcy or proposal, all provable claims, including secured claims, of Her

86. (1) Dans le cadre d'une faillite ou d'une proposition, les réclamations prouvables — y compris les

Majesty in right of Canada or a province or of any body under an Act respecting workers' compensation, in this section and in section 87 called a "workers' compensation body", rank as unsecured claims.

. . .

87. (1) A security provided for in federal or provincial legislation for the sole or principal purpose of securing a claim of Her Majesty in right of Canada or of a province or of a workers' compensation body is valid in relation to a bankruptcy or proposal only if the security is registered under a prescribed system of registration before the date of the initial bankruptcy event.

Appeals dismissed with costs.

Solicitor for the appellant the Deputy Minister of Revenue of Quebec: Attorney General of Quebec, Montréal.

Solicitor for the appellant Her Majesty The Queen: Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitors for the respondents Caisse populaire Desjardins de Montmagny and Raymond Chabot Inc., in its capacity as Trustee in bankruptcy of 9083-4185 Québec Inc.: Langlois Kronström Desjardins, Lévis.

Solicitors for the respondent Raymond Chabot Inc., in its capacity as Trustee for the estate of the debtor, Consortium Promecan Inc.: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the respondent the National Bank of Canada: Stein Monast, Québec.

Solicitors for the intervener: McMillan, Montréal.

réclamations garanties — de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province ou d'un organisme compétent au titre d'une loi sur les accidents du travail prennent rang comme réclamations non garanties.

. . .

87. (1) Les garanties créées aux termes d'une loi fédérale ou provinciale dans le seul but — ou principalement dans le but — de protéger des réclamations mentionnées au paragraphe 86(1) ne sont valides, dans le cadre d'une faillite ou d'une proposition, que si elles ont été enregistrées, conformément à un système d'enregistrement prescrit, avant l'ouverture de la faillite.

Pourvois rejetés avec dépens.

Procureur de l'appelant le sous-ministre du Revenu du Québec : Procureur général du Québec, Montréal.

Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureurs des intimées la Caisse populaire Desjardins de Montmagny et Raymond Chabot inc., en sa qualité de syndic à la faillite de 9083-4185 Québec inc. : Langlois Kronström Desjardins, Lévis.

Procureurs de l'intimée Raymond Chabot inc., en sa qualité de syndic à l'actif de la débitrice Consortium Promecan inc. : McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'intimée la Banque Nationale du Canada : Stein Monast, Québec.

Procureurs de l'intervenante : McMillan, Montréal.

Northrop Grumman Overseas Services Corporation *Appellant*

v.

Attorney General of Canada and Lockheed Martin Corporation *Respondents*

INDEXED AS: NORTHROP GRUMMAN OVERSEAS SERVICES CORP. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2009 SCC 50.

File No.: 32752.

2009: May 19; 2009: November 5.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Commercial law — Trade agreements — Agreement on Internal Trade — Scope — Non-Canadian supplier — Government procurement — Whether non-Canadian suppliers have standing to initiate procurement complaints before Canadian International Trade Tribunal under Agreement on Internal Trade — Meaning of expression “procurement within Canada” in Article 502 of Agreement.

Administrative law — Boards and tribunals — Canadian International Trade Tribunal — Jurisdiction — Agreement on Internal Trade — Government procurement — Non-Canadian supplier bringing complaint before Canadian International Trade Tribunal with respect to award of procurement concerning military goods — Whether Tribunal has jurisdiction to hear complaint initiated by non-Canadian supplier under Agreement on Internal Trade — Agreement on Internal Trade, Article 502.

Public Works and Government Services Canada (“PW”) launched a request for proposals for the procurement of military goods. Northrop Overseas, a Delaware corporation wholly owned by another Delaware corporation, submitted a bid. When another bidder was awarded the contract, Northrop Overseas filed a complaint with the Canadian International Trade Tribunal (“CITT”) alleging that PW had failed to evaluate the

Northrop Grumman Overseas Services Corporation *Appelante*

c.

Procureur général du Canada et Lockheed Martin Corporation *Intimés*

RÉPERTORIÉ : NORTHROP GRUMMAN OVERSEAS SERVICES CORP. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2009 CSC 50.

N° du greffe : 32752.

2009 : 19 mai; 2009 : 5 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit commercial — Accords commerciaux — Accord sur le commerce intérieur — Portée — Fournisseur non canadien — Marchés publics — Les fournisseurs non canadiens ont-ils qualité pour présenter devant le Tribunal canadien du commerce extérieur des plaintes fondées sur l'Accord sur le commerce intérieur? — Sens de l'expression « marchés publics [. . .] passés au Canada » à l'art. 502 de l'Accord.

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Tribunal canadien du commerce extérieur — Compétence — Accord sur le commerce intérieur — Marchés publics — Fournisseur non canadien déposant devant le Tribunal canadien du commerce extérieur une plainte dénonçant l'octroi d'un marché public concernant des produits militaires — Le Tribunal a-t-il compétence pour entendre une plainte présentée par un fournisseur non canadien en vertu de l'Accord sur le commerce intérieur? — Accord sur le commerce intérieur, art. 502.

Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (« TPSGC ») a lancé une demande de propositions pour l'acquisition de produits militaires. Northrop Overseas, société constituée dans l'État du Delaware et filiale en propriété exclusive d'une autre société du Delaware, a présenté une soumission. À la suite de l'adjudication du marché à un autre soumissionnaire, Northrop Overseas a déposé une plainte auprès du

bids properly, violating Article 506(6) of the *Agreement on Internal Trade* (“AIT”). When the CITT agreed to hear the complaint, PW challenged Northrop Overseas’ standing to file the complaint on the grounds that Northrop Overseas was not a “Canadian supplier”. The CITT ruled that Northrop Overseas had standing to bring the complaint. On judicial review, the Federal Court of Appeal quashed the ruling, holding that the CITT’s jurisdiction under the AIT was limited to complaints brought by Canadian suppliers.

Held: The appeal should be dismissed.

Non-Canadian suppliers do not have standing before the CITT to bring a complaint under the AIT. While the CITT may be an efficient dispute resolution vehicle, it is a statutory tribunal and access to it must be found in the relevant statutory instrument. The statutory provisions provide that access to the CITT is pursuant to specific trade agreements negotiated by governments. If the government of a supplier did not negotiate access to the CITT for its suppliers, there is no access for them. In this case, standing before the CITT is determined by the AIT. As a U.S. company with no office in Canada, Northrop Overseas is not a Canadian supplier and is within the jurisdiction of a government that did not negotiate access to the CITT for this type of contract. Its recourse is judicial review in the Federal Court. [1] [30] [44] [47]

The procurement provisions in Chapter Five of the AIT are incorporated in their entirety into the CITT’s statutory scheme. Under the *Canadian International Trade Tribunal Act*, a “potential supplier” may file a complaint with the Tribunal concerning any aspect of the procurement process that relates to a “designated contract”. In order to qualify as a “potential supplier”, the bidder must be a bidder or prospective bidder on a designated contract. Section 3(1) of the *Canadian International Trade Tribunal Procurement Inquiry Regulations* further provides that a “designated contract” is one described in certain trade agreements, including the AIT. However, under the AIT, in order for a contract to be a “designated contract”, the supplier must also be a “Canadian supplier”. Otherwise the AIT is inapplicable to that contract. [11] [13] [16-17] [32]

The AIT is essentially a domestic free trade agreement. Article 101(1), which defines the scope of the AIT, provides that it applies to “trade within Canada”

Tribunal canadien du commerce extérieur (« TCCE »), dans laquelle elle allègue que TPSGC n’a pas évalué les soumissions selon les règles, violant ainsi le par. 506(6) de l’*Accord sur le commerce intérieur* (« ACI »). Lorsque le TCCE a accepté d’entendre la plainte, TPSGC a contesté la qualité de Northrop Overseas pour déposer la plainte, au motif que Northrop Overseas n’était pas un « fournisseur canadien ». Le TCCE a statué que Northrop Overseas avait qualité pour présenter la plainte. Lors du contrôle judiciaire, la Cour d’appel fédérale a annulé cette décision, concluant que, selon l’ACI, le TCCE n’avait compétence que pour entendre des plaintes présentées par des fournisseurs canadiens.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les fournisseurs non canadiens n’ont pas qualité pour présenter devant le TCCE une plainte fondée sur l’ACI. Certes, le TCCE peut être un instrument de règlement des différends efficace, mais il est aussi créé par une loi et il faut trouver dans le texte de loi pertinent la façon d’y accéder. Selon les dispositions législatives, l’accès au TCCE se fait de la façon prévue dans les accords commerciaux négociés par les gouvernements. Si le gouvernement dont relève un fournisseur n’a pas négocié le recours au TCCE pour ses fournisseurs, ils n’y ont pas accès. En l’espèce, la qualité pour agir devant le TCCE est déterminée par l’ACI. En tant que société américaine, sans établissement au Canada, Northrop Overseas n’est pas un fournisseur canadien et se trouve dans le ressort territorial d’un gouvernement qui n’a pas négocié d’accès au TCCE pour ce type de marché public. Son recours est une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. [1] [30] [44] [47]

Le chapitre cinq de l’ACI, qui porte sur les marchés publics, est incorporé intégralement dans le cadre législatif du TCCE. Selon la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, un « fournisseur potentiel » peut déposer auprès du Tribunal une plainte concernant tout aspect de la procédure des marchés publics suivie relativement à un « contrat spécifique ». Pour prétendre au statut de « fournisseur potentiel » il faut être le soumissionnaire — même potentiel — d’un contrat spécifique. Par ailleurs, selon le par. 3(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*, un « contrat spécifique » est un contrat visé par certains accords commerciaux, notamment l’ACI. Toutefois, selon l’ACI, pour qu’il y ait un « contrat spécifique », le fournisseur doit aussi être un « fournisseur canadien ». Sinon, l’ACI ne s’applique pas à ce contrat. [11] [13] [16-17] [32]

L’ACI est essentiellement un accord de libre-échange commercial à l’intérieur du Canada. Le paragraphe 101(1), qui définit la portée de l’ACI, indique que celui-ci

and Article 501 indicates that Chapter Five of the AIT, which relates to procurement, establishes a framework that will ensure equal access to procurement for all Canadian suppliers. According to Article 518, only suppliers with an office in Canada qualify as Canadian suppliers. When read in context, “procurement within Canada” in Article 502 is a subset of the category of “trade within Canada” whereby the government acquires supplies. Under Article 502, the nationality of the “supplier” is necessary to determine whether the procurement at issue is “within Canada” and therefore covered by the AIT. This interpretation is consistent with the rest of Article 502 and with the French text of the AIT. Since the notion of “potential supplier” and the nationality of the supplier enter into consideration at different stages of the analysis for different purposes, it also avoids circularity. [11] [22] [24-26] [28-29] [34]

Granting non-Canadian suppliers standing to bring complaints based on the AIT to the CITT would lead to problematic results. In this case, Northrop Overseas would gain rights under the AIT despite its government not being a party to the AIT. This poses difficulties. The goods that were the subject of this procurement were specifically excluded from trade agreements signed with its country’s government and allowing the complaint would undercut that exclusion and others like it in other international trade agreements. There would also be no reason for the CITT Regulations to refer to each specific trade agreement if anyone contracting with a government institution had standing before the CITT solely on the basis of Article 502(1) of the AIT. [41] [43]

Cases Cited

Referred to: *Eurodata Support Services Inc. (Re)*, [2001] C.I.T.T. No. 59 (QL); *Winchester Division—Olin Corp. (Re)*, [2004] C.I.T.T. No. 44 (QL); *EFJohnson (Re)*, PR-2006-006, April 26, 2006; *Computer Label Worldwide Co. (Re)*, PR-2006-023, August 22, 2006; *Europe Displays, Inc. (Re)*, [2007] C.I.T.T. No. 2 (QL); *Canada (Attorney General) v. Symtron Systems Inc.*, [1999] 2 F.C. 514; *E.H. Industries Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2001 FCA 48, 267 N.R. 173; *Siemens Westinghouse Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2001 FCA 241, [2002] 1 F.C. 292; *Defence Construction (1951) Ltd. v. Zenix Engineering Ltd.*, 2008 FCA 109, 377 N.R. 47; *Dunsmuir v. New*

s’applique au « commerce intérieur au Canada » et l’art. 501 énonce que le chapitre cinq de l’ACI, portant sur les marchés publics, établit un cadre qui assurera à tous les fournisseurs canadiens un accès égal aux marchés publics. Selon l’article 518, seuls les fournisseurs ayant un établissement au Canada peuvent prétendre au statut de fournisseur canadien. Interprétés dans leur contexte, les « marchés publics [. . .] passés au Canada » mentionnés à l’art. 502 sont une sous-catégorie du « commerce intérieur au Canada », par laquelle le gouvernement acquiert des fournitures. Selon l’article 502, il est nécessaire de connaître la nationalité du « fournisseur » pour décider si le marché public en cause est « passé au Canada » et donc visé par l’ACI. Cette interprétation est compatible avec le reste de l’art. 502 et avec la version française de l’ACI. Étant donné que la notion de « fournisseur potentiel » et la nationalité du fournisseur entrent en jeu à différentes étapes de l’analyse pour différents besoins, il n’y a pas de circularité. [11] [22] [24-26] [28-29] [34]

Accorder à des fournisseurs non canadiens le droit de présenter devant le TCCE des plaintes fondées sur l’ACI mènerait à des résultats problématiques. En l’espèce, Northrop Overseas obtiendrait des droits en vertu de l’ACI même si le gouvernement de son pays n’est pas partie à l’ACI, ce qui pose des problèmes. Les produits visés par le marché public en cause étaient expressément exclus des accords commerciaux signés par le gouvernement de son pays, et faire droit à la plainte équivaldrait à court-circuiter cette exclusion et d’autres exclusions similaires dans d’autres accords commerciaux internationaux. Il n’y aurait également aucune raison pour que le règlement du TCCE mentionne chaque accord commercial en particulier si quiconque conclut un contrat avec une institution fédérale avait qualité pour agir devant le TCCE uniquement sur le fondement du par. 502(1) de l’ACI. [41] [43]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Eurodata Support Services Inc. (Re)*, [2001] T.C.C.E. n° 59 (QL); *Winchester Division—Olin Corp. (Re)*, [2004] T.C.C.E. n° 44 (QL); *EFJohnson (Re)*, PR-2006-006, 26 avril 2006; *Computer Label Worldwide Co. (Re)*, PR-2006-023, 22 août 2006; *Europe Displays, Inc. (Re)*, [2007] T.C.C.E. n° 2 (QL); *Canada (Procureur général) c. Symtron Systems Inc.*, [1999] 2 C.F. 514; *E.H. Industries Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2001 CAF 48, [2001] A.C.F. n° 325 (QL); *Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2001 CAF 241, [2002] 1 C.F. 292; *Zenix Engineering Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, 2008 CAF

Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *UL Canada Inc. v. Québec (Procureur général)*, [1999] R.J.Q. 1720.

Statutes and Regulations Cited

Canadian International Trade Tribunal Act, R.S.C. 1985, c. 47 (4th Supp.), ss. 30.1 “complaint”, “designated contract”, “government institution”, “interested party”, “potential supplier”, 30.11(1), 30.13(1).
Canadian International Trade Tribunal Procurement Inquiry Regulations, SOR/93-602, ss. 3(1), 7(1), 11.

Trade Agreements

Agreement on Government Procurement, 1915 U.N.T.S. 103 (being Annex 4(b) of the *Marrakesh Agreement establishing the World Trade Organization*, 1867 U.N.T.S. 3), Ann. 1.
Agreement on Internal Trade, (1995) 129 Can. Gaz. I, 1323, Preamble, Chapter One, arts. 100, 101, Chapter Five, arts. 501, 502, 504, 506, 513, 514, 518, Ann. 502.1A.
Canada-Chile Free Trade Agreement, art. Kbis-13, Ann. Kbis-01.1-3, Schedule of Canada, Section A, para. 2.
Canada-Colombia Free Trade Agreement, art. 1412, Ann. 1401-3, Schedule of Canada, Section A, para. 2.
Canada-Peru Free Trade Agreement, art. 1412, Ann. 1401.1-3, Schedule of Canada, Section A, para. 2.
North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, Can. T.S. 1994 No. 2, Ann. 1001.1b-1.

Authors Cited

Bankes, Nigel. “Co-operative Federalism: Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 792.
Swinton, Katherine. “Law, Politics, and the Enforcement of the Agreement on Internal Trade”, in Michael J. Trebilcock and Daniel Schwanen, eds., *Getting There: An Assessment of the Agreement on Internal Trade*. Toronto: C.D. Howe Institute, 1995, 196.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Sexton and Ryer J.J.A.), 2008 FCA 187, [2009] 1 F.C.R. 688, 293 D.L.R. (4th) 335, 379 N.R. 1, [2008] F.C.J. No. 798 (QL), 2008 CarswellNat 1619, setting aside a decision

109, [2008] A.C.F. n° 497 (QL); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *UL Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1999] R.J.Q. 1720.

Lois et règlements cités

Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur, L.R.C. 1985, ch. 47 (4^e suppl.), art. 30.1 « contrat spécifique », « fournisseur potentiel », « institution fédérale », « intéressée », « plainte », 30.11(1), 30.13(1).
Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics, DORS/93-602, art. 3(1), 7(1), 11.

Accords commerciaux

Accord de libre-échange Canada-Colombie, art. 1412, ann. 1401-3, Liste du Canada, section A, par. 2.
Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili, art. Kbis-13, ann. Kbis-01.1-3, Liste du Canada, section A, par. 2.
Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, R.T. Can. 1994 n° 2, ann. 1001.1b-1.
Accord sur le commerce intérieur, (1995) 129 Gaz. Can. I, 1323, préambule, chapitre un, art. 100, 101, chapitre cinq, art. 501, 502, 504, 506, 513, 514, 518, ann. 502.1A.
Accord sur les marchés publics, 1915 R.T.N.U. 104 (annexe 4b) de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 1867 R.T.N.U. 3), ann. 1.
Canada-Pérou Accord de libre-échange, art. 1412, ann. 1401.1-3, Liste du Canada, section A, par. 2.

Doctrine citée

Bankes, Nigel. « Co-operative Federalism : Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 792.
Swinton, Katherine. « Law, Politics, and the Enforcement of the Agreement on Internal Trade », in Michael J. Trebilcock and Daniel Schwanen, eds., *Getting There : An Assessment of the Agreement on Internal Trade*. Toronto : C.D. Howe Institute, 1995, 196.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Sexton et Ryer), 2008 CAF 187, [2009] 1 R.C.F. 688, 293 D.L.R. (4th) 335, 379 N.R. 1, [2008] A.C.F. n° 798 (QL), 2008 CarswellNat 3171, qui a annulé une décision

of the Canadian International Trade Tribunal and remitting the matter back to it, [2007] C.I.T.T. No. 100 (QL), 2007 CarswellNat 3717. Appeal dismissed.

Barbara A. McIsaac, Q.C., and Patrick Veilleux, for the appellant.

Anne M. Turley, Christine Mohr and Alexander Gay, for the respondent the Attorney General of Canada.

Richard A. Wagner and G. Ian Clarke, for the respondent the Lockheed Martin Corporation.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

1. Introduction

[1] The issue in this case is whether a potential supplier for a government procurement that is not a Canadian supplier has standing before the Canadian International Trade Tribunal (“CITT”) to bring a complaint alleging an unfair bidding process based on the *Agreement on Internal Trade* (“AIT”), (1995) 129 Can. Gaz. I, 1323. In my opinion, it does not.

2. Facts

[2] Public Works and Government Services Canada (“PW”) launched a request for proposals for the procurement of 36 advanced multi-role infrared sensor (“AMIRS”) targeting pods for the Department of National Defence’s CF-18 aircraft and 13 years of in-service support for the pods. AMIRS pods are devices mounted on military aircraft in order to provide high-resolution imagery for identifying targets. The appellant, Northrop Grumman Overseas Services Corporation (“Northrop Overseas”), submitted a bid along with Lockheed Martin Corporation (“Lockheed”) and Raytheon Company. Lockheed’s bid was chosen, resulting in it being awarded a contract for US\$89,487,521 for the AMIRS targeting

du Tribunal canadien du commerce extérieur et lui a renvoyé l’affaire, [2007] T.C.C.E. n° 100 (QL), 2007 CarswellNat 3718. Pourvoi rejeté.

Barbara A. McIsaac, c.r., et Patrick Veilleux, pour l’appelante.

Anne M. Turley, Christine Mohr et Alexander Gay, pour l’intimé le procureur général du Canada.

Richard A. Wagner et G. Ian Clarke, pour l’intimée Lockheed Martin Corporation.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

1. Introduction

[1] Il s’agit en l’espèce de décider si un fournisseur potentiel d’un marché public qui n’est pas un fournisseur canadien a qualité pour présenter devant le Tribunal canadien du commerce extérieur (« TCCE ») une plainte dénonçant un appel d’offres injuste selon l’*Accord sur le commerce intérieur* (« ACI »), (1995) 129 Gaz. Can. I, 1323. À mon avis, la réponse est non.

2. Les faits

[2] Travaux publics et Services gouvernementaux Canada (« TPSGC ») a lancé une demande de propositions pour l’acquisition de 36 nacelles de désignation d’objectif munies de capteur infrarouge multirôle avancé (« CIMA ») pour les avions CF-18 du ministère de la Défense nationale (« MDN ») et le soutien en service des nacelles pendant 13 ans. Les nacelles dotées de CIMA permettent aux avions militaires d’identifier des cibles grâce à l’imagerie à haute résolution. L’appelante, Northrop Grumman Overseas Services Corporation (« Northrop Overseas ») ainsi que Lockheed Martin Corporation (« Lockheed ») et Raytheon Company ont chacune présenté une soumission. C’est celle de Lockheed qui a été retenue, ce qui s’est traduit

Pods and US\$50,357,649 for the in-service support.

[3] Subsequent to the award of the procurement to Lockheed, Northrop Overseas filed a complaint with the CITT. It alleged that PW failed to evaluate bids submitted in response to the request for proposals in accordance with the Evaluation Plan, which set out the procedures and methodology for evaluating the bids, including the score to be awarded for different aspects of each bid. Northrop Overseas alleged that it was not awarded points to which it was entitled and that Lockheed was awarded points to which it was not entitled under the Evaluation Plan. In so doing, Northrop Overseas argued that PW violated Article 506(6) of the AIT, which requires procurements covered by the AIT to clearly identify the criteria used to evaluate bids. The CITT agreed to hear the complaint.

[4] Northrop Overseas is incorporated in the state of Delaware and is wholly owned by Northrop Grumman Corporation (“Northrop Grumman”), another Delaware corporation. Northrop Grumman also owns a Canadian subsidiary, Northrop Grumman Canada (2004) Inc. (“Northrop Canada”). The bid, in this case, was made by Northrop Overseas.

[5] Before a hearing on the merits took place, PW challenged Northrop Overseas’ standing to file a complaint with the CITT based on a breach of the AIT. It alleged that Northrop Overseas was a U.S. company and not a “Canadian supplier”. PW argued that access to the CITT through the AIT is restricted to Canadian suppliers (letter of May 2, 2007).

[6] The CITT ruled that Northrop Overseas did have standing to bring a complaint based on the AIT ([2007] C.I.T.T. No. 100 (QL)). In coming to

par l’attribution d’un contrat prévoyant l’octroi de 89 487 521 \$US pour la fourniture de nacelles de désignation d’objectif munies de CIMA et de 50 357 649 \$US pour le soutien en service.

[3] À la suite de l’adjudication du marché à Lockheed, Northrop Overseas a déposé une plainte auprès du TCCE dans laquelle elle allègue que TPSGC n’a pas évalué selon le plan d’évaluation les soumissions présentées en réponse à la demande de propositions. Ce plan énonce les méthodes et procédures à suivre pour l’évaluation des soumissions, prévoyant notamment les points à octroyer pour différents aspects de chaque soumission. Northrop Overseas soutient qu’on ne lui a pas accordé les points auxquels elle avait droit alors que Lockheed s’est vu octroyer des points auxquels elle n’avait pas droit d’après le plan d’évaluation. Ce faisant, TPSGC aurait, selon Northrop Overseas, violé le par. 506(6) de l’ACI, qui exige que les marchés publics visés par l’ACI indiquent clairement les critères appliqués dans l’évaluation des soumissions. Le TCCE a accepté d’entendre la plainte.

[4] Northrop Overseas, société constituée dans l’État du Delaware, est une filiale en propriété exclusive de Northrop Grumman Corporation (« Northrop Grumman »), une autre société du Delaware. Northrop Grumman possède également une filiale canadienne, Northrop Grumman Canada (2004) Inc. (« Northrop Canada »). En l’espèce, la soumission a été présentée par Northrop Overseas.

[5] Avant la tenue de l’audience sur le fond, TPSGC a contesté la qualité de Northrop Overseas pour déposer devant le TCCE une plainte fondée sur une violation de l’ACI. Il faisait valoir que Northrop Overseas était une société américaine et non un « fournisseur canadien ». Selon TPSGC, l’ACI ne permettait l’accès au TCCE qu’aux fournisseurs canadiens (lettre du 2 mai 2007).

[6] Le TCCE a statué que Northrop Overseas avait qualité pour présenter une plainte fondée sur l’ACI ([2007] T.C.C.E. n° 100 (QL)). Cette

this ruling, the CITT broke with its previous decisions in which it held that only Canadian suppliers could bring complaints based on the AIT: see *Eurodata Support Services Inc. (Re)*, [2001] C.I.T.T. No. 59 (QL); *Winchester Division—Olin Corp. (Re)*, [2004] C.I.T.T. No. 44 (QL); *EFJohnson (Re)*, PR-2006-006, April 26, 2006; *Computer Label Worldwide Co. (Re)*, PR-2006-023, August 22, 2006; *Europe Displays, Inc. (Re)*, [2007] C.I.T.T. No. 2 (QL).

[7] On judicial review, the majority of the Federal Court of Appeal quashed this ruling, determining that the CITT only had jurisdiction to hear complaints under the AIT brought by Canadian suppliers (2008 FCA 187, [2009] 1 F.C.R. 688). It remitted the matter to the CITT for determination as to whether Northrop Overseas was a Canadian supplier.

[8] Northrop Overseas appeals to this Court to have the CITT's original ruling granting it standing before the CITT restored. Both PW and Lockheed defend the judgment of the majority of the Federal Court of Appeal.

3. Issue

[9] I take the appellant as identifying two main issues. First, did the CITT err in holding that non-Canadian suppliers have standing to initiate procurement complaints before the CITT under the AIT? If standing is not limited to Canadian suppliers, the second issue is whether the CITT erred in holding that Northrop Overseas' complaint discloses a reasonable indication of a violation of Chapter Five of the AIT as required by s. 7(1) of the *Canadian International Trade Tribunal Procurement Inquiry Regulations*, SOR/93-602 ("CITT Regulations"). Since I determine that standing is limited to Canadian suppliers under the AIT, I do not examine the second issue.

position constitue une rupture par rapport à ses décisions antérieures dans lesquelles il jugeait que seuls les fournisseurs canadiens pouvaient présenter des plaintes fondées sur l'ACI : voir *Eurodata Support Services Inc. (Re)*, [2001] T.C.C.E. n° 59 (QL); *Winchester Division—Olin Corp. (Re)*, [2004] T.C.C.E. n° 44 (QL); *EFJohnson (Re)*, PR-2006-006, 26 avril 2006; *Computer Label Worldwide Co. (Re)*, PR-2006-023, 22 août 2006; *Europe Displays, Inc. (Re)*, [2007] T.C.C.E. n° 2 (QL).

[7] Lors du contrôle judiciaire, la Cour d'appel fédérale, à la majorité, a annulé cette décision, statuant que le TCCE n'avait compétence que pour entendre des plaintes fondées sur l'ACI présentées par des fournisseurs canadiens (2008 CAF 187, [2009] 1 R.C.F. 688). Elle a renvoyé l'affaire au TCCE pour qu'il décide si Northrop Overseas était un fournisseur canadien.

[8] Northrop Overseas interjette maintenant appel devant la Cour en vue d'obtenir le rétablissement de la décision initiale du TCCE qui reconnaissait qu'elle avait qualité pour agir devant le TCCE. TPSGC et Lockheed défendent le jugement de la majorité de la Cour d'appel fédérale.

3. Le litige

[9] L'appelante a, selon moi, soulevé deux principales questions. Premièrement, le TCCE a-t-il commis une erreur en concluant que les fournisseurs non canadiens ont qualité pour présenter devant le TCCE des plaintes fondées sur l'ACI au sujet de marchés publics? Si la qualité pour agir n'est pas limitée aux fournisseurs canadiens, il s'agit, deuxièmement, de décider si le TCCE a commis une erreur en jugeant que la plainte de Northrop Overseas démontre, dans une mesure raisonnable, une violation du chapitre cinq de l'ACI, comme l'exige le par. 7(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*, DORS/93-602 (« Règlement »). Comme je conclus que seuls les fournisseurs canadiens ont qualité pour agir en vertu de l'ACI, je n'examinerai pas la seconde question.

4. Analysis

A. *Standard of Review*

[10] As the Federal Court of Appeal and the parties noted, the case law has established that a CITT decision on whether something falls within its jurisdiction will be reviewed on a correctness standard: see *Canada (Attorney General) v. Symtron Systems Inc.*, [1999] 2 F.C. 514 (C.A.), at para. 45; *E.H. Industries Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2001 FCA 48, 267 N.R. 173, at para. 5; *Siemens Westinghouse Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2001 FCA 241, [2002] 1 F.C. 292, at para. 15; and *Defence Construction (1951) Ltd. v. Zenix Engineering Ltd.*, 2008 FCA 109, 377 N.R. 47, at para. 19. These are relatively recent cases which have determined the standard of review and all parties accept that they remain authoritative in relation to the standard of review applicable to the question to be answered in this appeal. *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, recognized that an exhaustive standard of review analysis is not required in every case if the relevant standard of review jurisprudence has already determined *in a satisfactory manner* the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question: see paras. 54, 57 and 62. The approach to standard of review in *Dunsmuir* is intended to be practical. In this case, it is not necessary to go beyond the initial step in the *Dunsmuir* analysis. The issue on this appeal is jurisdictional in that it goes to whether the CITT can hear a complaint initiated by a non-Canadian supplier under the AIT. Accordingly, the standard of review is correctness.

B. *Standing*

(i) Interpretation

[11] The AIT is an inter-governmental agreement entered into by the executive of the federal,

4. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[10] Comme l'ont fait remarquer la Cour d'appel fédérale et les parties, la jurisprudence a établi que les décisions du TCCE portant sur la question de savoir si un sujet relève de sa compétence doivent faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte : voir *Canada (Procureur général) c. Symtron Systems Inc.*, [1999] 2 C.F. 514 (C.A.), par. 45; *E.H. Industries Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2001 CAF 48, [2001] A.C.F. n° 325 (QL), par. 5; *Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2001 CAF 241, [2002] 1 C.F. 292, par. 15; et *Zenix Engineering Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, 2008 CAF 109, [2008] A.C.F. n° 497 (QL), par. 19. Ces décisions relativement récentes ont déterminé la norme de contrôle et toutes les parties conviennent qu'elles continuent de faire autorité quant à la norme de contrôle à appliquer pour trancher la question en l'espèce. Dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour a reconnu qu'une analyse exhaustive de la norme de contrôle ne s'impose pas dans tous les cas si la jurisprudence en la matière a déjà déterminé *de façon satisfaisante* le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier : voir les par. 54, 57 et 62. La méthode adoptée dans *Dunsmuir* en matière de norme de contrôle se veut pratique. Dans la présente affaire, il n'est pas nécessaire d'aller au-delà de la première étape de l'analyse préconisée dans *Dunsmuir*. En l'espèce, la Cour est saisie d'une question de compétence étant donné qu'il s'agit de décider si le TCCE peut entendre une plainte présentée en vertu de l'ACI par un fournisseur non canadien. Par conséquent, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

B. *Qualité pour agir*

(i) Interprétation

[11] L'ACI est un accord intergouvernemental conclu par l'organe exécutif des gouvernements

provincial and territorial (except Nunavut) governments. It is not a piece of legislation. The executive cannot displace existing laws by entering into agreements, though the agreements may bind it: see *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at p. 433; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 551. Of course, the legislature can choose to adopt an agreement, in whole or in part, and give it the force of law: see *UL Canada Inc. v. Québec (Procureur général)*, [1999] R.J.Q. 1720 (Sup. Ct.), at p. 1741, citing Nigel Bankes, “Co-operative Federalism: Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 792, at p. 832. Indeed, parts of the AIT have been adopted by reference in legislation. Aside from the provisions discussed in this appeal, Chapter Five of the AIT, which relates to procurement, is incorporated in its entirety into the CITT’s statutory scheme by s. 11 of the CITT Regulations.

[12] However, the fact that part of the AIT has been adopted in legislation should not obscure the fact that it was not drafted as legislation. As Katherine Swinton, now Justice Swinton of the Ontario Superior Court, has noted, the AIT is a political document. Many of its provisions express general principles or goals that are not directly enforceable. While, as Katherine Swinton notes, the AIT may be “written in legal language”, PW rightly points out that it does not necessarily follow the conventions of legislative drafting: see “Law, Politics, and the Enforcement of the Agreement on Internal Trade”, in M. J. Trebilcock and D. Schwanen, eds., *Getting There: An Assessment of the Agreement on Internal Trade* (1995), 196, at p. 201.

(ii) Standing Under the Canadian International Trade Tribunal Act

[13] Standing before the CITT for procurement complaints is governed by s. 30.11(1) of the *Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C.

fédéral, provinciaux et territoriaux (sauf le Nunavut). Il ne s’agit pas d’une loi. L’organe exécutif ne peut écarter des lois existantes en concluant des accords, bien que les accords qu’il ratifie puissent le lier : voir *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 433; *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 551. L’organe législatif, quant à lui, peut évidemment choisir d’adopter un accord, en tout ou en partie, et lui donner force de loi : voir *UL Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*, [1999] R.J.Q. 1720 (C.S.), p. 1741, citant Nigel Bankes, « Co-operative Federalism : Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 792, p. 832. En fait, des parties de l’ACI ont été adoptées par renvoi dans des textes de loi. Outre les dispositions examinées dans le présent pourvoi, le chapitre cinq de l’ACI, qui porte sur les marchés publics, est incorporé intégralement dans le cadre législatif du TCCE par l’art. 11 du Règlement.

[12] Toutefois, le fait qu’une partie de l’ACI a été adoptée dans la loi ne doit pas faire oublier que ce document n’a pas été rédigé comme un texte législatif. Comme l’a fait remarquer Katherine Swinton, maintenant juge de la Cour supérieure de justice de l’Ontario, l’ACI est un document politique. Beaucoup de ses dispositions expriment des principes et objectifs généraux qui ne peuvent être directement exécutoires. S’il est vrai que, comme l’a fait observer Katherine Swinton, l’ACI peut [TRADUCTION] « utiliser un langage juridique », TPSGC souligne à bon droit qu’il ne suit pas nécessairement les conventions de rédaction législative : voir « Law, Politics, and the Enforcement of the Agreement on Internal Trade », dans M. J. Trebilcock et D. Schwanen, dir., *Getting There : An Assessment of the Agreement on Internal Trade* (1995), 196, p. 201.

(ii) Qualité aux termes de la Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur

[13] La qualité pour présenter au TCCE des plaintes au sujet de marchés publics est régie par le par. 30.11(1) de la *Loi sur le Tribunal canadien du*

1985, c. 47 (4th Supp.) (“CITT Act”), which provides that “a potential supplier may file a complaint with the Tribunal concerning any aspect of the procurement process that relates to a designated contract and request the Tribunal to conduct an inquiry into the complaint”.

[14] Northrop Overseas says that pursuant to s. 30.11(1) of the CITT Act, the only requirement for standing is to be a “potential supplier” under a “designated contract”. It submits that it was a potential supplier. It says that contrary to the decision of the Federal Court of Appeal, there is no requirement to be a “Canadian supplier” in order that the contract in question be a “designated contract” in order to ground standing before the CITT.

[15] Indeed, that is the main issue in this appeal. Resolving it is a matter of statutory interpretation and interpretation of the AIT. The relevant provisions of the applicable legislation and the AIT are contained in the Appendix.

[16] Under s. 30.1 of the CITT Act, “potential supplier” is defined as “a bidder or prospective bidder on a designated contract”. A “designated contract” is defined as “a contract for the supply of goods or services” to a government institution and “that is designated or of a class of contracts designated by the regulations”. Section 30.1 also provides that a “government institution” is “any department or ministry of state of the Government of Canada, or any other body or office, that is designated by the regulations”.

[17] Section 3(1) of the CITT Regulations further provides that a “designated contract” is one described in the *North American Free Trade Agreement*, Can. T.S. 1994 No. 2 (“NAFTA”), the *World Trade Organization Agreement on Government Procurement*, 1915 U.N.T.S. 103 (“WTO-AGP”), or the AIT, and now, the *Canada-Chile Free Trade Agreement* (“CCFTA”). As Ryer J.A. put it at para. 85, those trade agreements

commerce extérieur, L.R.C. 1985, ch. 47 (4^e suppl.) (« Loi »), qui prévoit que « [t]out fournisseur potentiel peut, sous réserve des règlements, déposer une plainte auprès du Tribunal concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique et lui demander d’enquêter sur cette plainte ».

[14] Selon Northrop Overseas, en vertu du par. 30.11(1) de la Loi, la seule exigence pour avoir qualité pour agir est d’être un « fournisseur potentiel » pour un « contrat spécifique ». Elle prétend être un fournisseur potentiel et ajoute que, contrairement à ce qu’a statué la Cour d’appel fédérale, il n’est pas nécessaire d’être un « fournisseur canadien » pour que le contrat en cause soit un « contrat spécifique » et puisse ainsi fonder un recours devant le TCCE.

[15] En fait, c’est la principale question qui se pose dans le présent pourvoi. Pour y répondre, il faut interpréter les textes législatifs et l’ACI, dont les dispositions pertinentes sont reproduites en annexe.

[16] Selon la définition à l’art. 30.1 de la Loi, « fournisseur potentiel » s’entend de « tout soumissionnaire — même potentiel — d’un contrat spécifique ». Le « contrat spécifique » est défini comme étant le « [c]ontrat relatif à un marché de fournitures ou services » qui a été accordé par une institution fédérale et « qui soit est précisé par règlement, soit fait partie d’une catégorie réglementaire ». L’article 30.1 prévoit aussi qu’une « institution fédérale » est tout « [m]inistère ou département d’État fédéral, ainsi que tout autre organisme, désigné par règlement. »

[17] Le paragraphe 3(1) du Règlement prévoit en outre qu’un « contrat spécifique » est un contrat visé par l’*Accord de libre-échange nord-américain*, R.T. Can. 1994 n° 2 (« ALÉNA »), l’*Accord sur les marchés publics* de l’Organisation mondiale du commerce, 1915 R.T.N.U. 104 (« AMP de l’OMC »), ou l’ACI et maintenant l’*Accord de libre-échange entre le Canada et le Chili* (« ALÉCC »). Pour reprendre les termes du juge Ryer, les accords commerciaux énumérés au par. 3(1) du Règlement

may be regarded as “doors” into the jurisdiction of the CITT. A potential complainant in respect of a procurement may pass through a “door” and thereby gain access to the CITT complaint procedure, by demonstrating that the subject-matter of the procurement is within the scope of one of the trade agreements and that the activity contemplated by that potential complainant is covered by, or within the scope of, that agreement.

[18] The agreements through which complainants can gain access to the CITT were each negotiated between different parties and confer different rights. It is not argued that either the NAFTA or the WTO-AGP is relevant. This is because Canada has negotiated the exclusion of the military procurement at issue in this case from the NAFTA and the WTO-AGP. In both the NAFTA and the WTO-AGP, military procurement is treated differently from many other categories of procurement. Whereas all procurements by certain federal government departments are covered by the rules in these agreements, for the Department of National Defence (“DND”), the only procurements covered by the NAFTA are those for the goods listed at its Annex 1001.1b-1. And the only procurements covered by the WTO-AGP are those listed in its Annex 1. In this case, the goods at issue, “Fire Control Systems”, are not listed in either Annex 1001.1b-1 or Annex 1 and, therefore, neither the NAFTA nor the WTO-AGP applies to the procurement in this case. By contrast, the AIT applies to all procurements by PW or DND and so the goods at issue are not excluded from the AIT: see Annex 502.1A of the AIT.

(iii) The Scope of the AIT

[19] Northrop Overseas argues that the contract with PW for the supply of targeting pods for the CF-18 aircraft plus in-service support for 13 years is a contract described in Article 502 of the AIT. It says it is entitled to rely on the AIT.

[20] Article 502 of the AIT sets monetary thresholds for the application of the AIT. There is no doubt that the contract in this case far exceeds those thresholds.

[21] Article 502(1) makes it clear that it applies to procurements by the federal, provincial or territorial

peuvent être vus comme des « portes » donnant accès à la compétence du TCCE. L’auteur éventuel d’une plainte relative à un marché pourra traverser cette « porte » et accéder à la procédure de plainte devant le TCCE s’il peut démontrer que l’objet du marché entre dans le champ d’application de l’un des accords commerciaux et que l’activité qu’il envisage lui-même est visée, ou couverte, par cet accord. [par. 85]

[18] Chacun des accords donnant accès au TCCE à des plaignants a été négocié par des parties différentes et confère des droits différents. Personne n’a fait valoir que l’ALÉNA ou l’AMP de l’OMC sont pertinents, et ce, parce qu’en l’espèce le Canada a négocié l’exclusion des marchés publics militaires en cause de ces accords. Dans l’ALÉNA comme dans l’AMP de l’OMC, les marchés publics en matière militaire sont traités différemment de beaucoup d’autres catégories de marchés. Tous les marchés publics de certains ministères fédéraux sont visés par les règles prévues dans ces accords, mais dans le cas du MDN, les seuls marchés publics visés par l’ALÉNA sont ceux énumérés à son annexe 1001.1b-1. Quant à l’AMP de l’OMC, les seuls marchés publics visés par le document sont ceux figurant à son annexe 1. En l’espèce, les produits en question, soit des « systèmes de commande du tir », ne sont énumérés ni dans l’annexe 1001.1b-1 ni dans l’annexe 1 et, par conséquent, ni l’ALÉNA ni l’AMP de l’OMC ne s’appliquent au marché public en cause. Par contre, l’ACI vise tous les marchés publics de TPSGC et du MDN, et les produits dont il est question en l’espèce ne sont pas soustraits à son application : voir l’annexe 502.1A de l’ACI.

(iii) La portée du l’ACI

[19] Selon Northrop Overseas, le contrat avec TPSGC pour la fourniture des nacelles de désignation d’objectif pour les avions CF-18 et le soutien en service pendant 13 ans est un contrat visé par l’art. 502 de l’ACI. Elle prétend avoir le droit de se prévaloir de l’ACI.

[20] L’article 502 de l’ACI fixe les seuils monétaires pour l’application de l’ACI. Il ne fait aucun doute que le contrat en l’espèce dépasse de loin ces seuils.

[21] Le paragraphe 502(1) indique clairement qu’il s’applique aux marchés publics passés par les

(except Nunavut) governments. However, it does not specify expressly who may be a supplier in the case of procurements covered by the AIT. Article 502 uses the expression “procurement within Canada” by listed entities (“*marchés publics . . . passés au Canada par une [des] entités énumérées*” in French), but it does not define “procurement within Canada”. To understand what makes a procurement “within Canada”, it is necessary to consider other provisions of the AIT that provide the context in which to understand Article 502.

[22] Article 501 sets forth the purposes of Chapter Five of the AIT: “. . . to establish a framework that will ensure equal access to procurement for all Canadian suppliers . . .” A “Canadian supplier” is defined in Article 518 as a supplier having “a place of business in Canada”.

[23] Further guidance is provided in the Preamble and in Articles 100 and 101 of the AIT. The AIT’s Preamble states that the parties to the agreement have resolved to promote an “open, efficient and stable domestic market” and “equal economic opportunity for Canadians”, as well as to reduce barriers to the free movement of “persons, goods, services and investments within Canada” (emphasis added). Article 100 provides that it is the obligation of the parties to eliminate barriers to free trade of persons, goods, services and investments within Canada and to establish an open, efficient and stable domestic market. Article 101(1) provides that the AIT applies to trade within Canada. Article 101(3) provides further elaboration to this end. Article 101(3)(a) says that the parties will not establish new barriers to *internal trade*. Article 101(3)(b) says that the parties will treat all persons, goods, services and investments equally *irrespective of where they originate in Canada*. Paragraphs (c) and (d) require the parties to reconcile relevant standards, regulatory measures and administrative policies to provide for free movement of *trade within Canada*.

gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux, sauf le Nunavut. Il ne précise cependant pas expressément qui peut être un fournisseur dans le cas des marchés publics visés par l’ACI. L’article 502 emploie l’expression « marchés publics [. . .] passés au Canada par une [des] entités énumérées » (« *procurement within Canada by [. . .] entities listed* » dans la version anglaise), mais il ne la définit pas. Pour comprendre ce qui fait qu’un marché public est « passé au Canada », il est nécessaire d’examiner d’autres dispositions de l’ACI qui fournissent un contexte permettant d’éclaircir l’art. 502.

[22] L’article 501 expose l’objet du chapitre cinq de l’ACI : « . . . établir un cadre qui assurera à tous les fournisseurs canadiens un accès égal aux marchés publics . . . ». Le « fournisseur canadien » est défini à l’art. 518 comme étant un « [f]ournisseur qui a un établissement au Canada. »

[23] Le préambule et les art. 100 et 101 de l’ACI nous donnent des indications supplémentaires. Il est écrit, au préambule, que les parties à l’accord ont résolu de promouvoir « un marché intérieur ouvert, performant et stable » et « l’égalité des chances, sur le plan économique, pour tous les Canadiens » ainsi que de réduire les obstacles à la libre circulation « des personnes, des produits, des services et des investissements à l’intérieur du Canada » (je souligne). L’article 100 prévoit que les parties ont l’obligation d’éliminer les obstacles à la libre circulation des personnes, des produits, des services et des investissements à l’intérieur du Canada et d’établir un marché intérieur ouvert, performant et stable. Selon le par. 101(1), l’ACI s’applique au commerce intérieur au Canada. Le paragraphe 101(3) fournit des explications supplémentaires à cet égard. L’alinéa 101(3)a indique que les parties n’érigeront pas de nouveaux obstacles au *commerce intérieur* et l’al. 101(3)b, qu’elles traiteront sur un pied d’égalité les personnes, les produits, les services et les investissements, *indépendamment de leur lieu d’origine au Canada*. Selon les al. c) et d), les parties doivent concilier leurs normes et leurs mesures réglementaires pertinentes ainsi que leurs politiques administratives en vue d’assurer la libre circulation du *commerce à l’intérieur du Canada*.

[24] It is abundantly clear having regard to these provisions of the AIT that the agreement pertains to domestic trade within Canada. Essentially, it is a domestic free trade agreement.

[25] These provisions assist in providing context within which to interpret the meaning of Article 502(1) of the AIT. As I understand Ryer J.A.'s reasons, he takes "procurement within Canada" to be a subset of the category of "trade within Canada", which defines the scope of the AIT at Article 101(1); "procurement within Canada" is that sub-category of "trade within Canada" whereby the government acquires supplies: see majority reasons at paras. 36-40 and 58. I think he is correct.

[26] This interpretation is consistent with the rest of Article 502. Article 502(3) allows certain entities to deviate from the AIT in their commercial procurement provided that they do not discriminate against suppliers of goods or services of any other party.

[27] The procurements within Canada referred to in Article 502(1) are procurements between a government entity of a party to the AIT and a supplier of another party. That is, when an entity of the federal government or a provincial or territorial government (except Nunavut) enters into a procurement contract with a supplier within the jurisdiction of the federal government or a provincial or territorial government (except Nunavut) who are the parties to the AIT, the procuring party is to govern itself in accordance with the requirements of the AIT.

[28] According to Article 518, only suppliers with an office in Canada qualify as Canadian suppliers. This makes sense in light of the AIT being concerned with internal trade. As Ryer J.A. noted, a procurement contract with a foreign supplier would entail trading with a supplier not located in Canada — "the resulting transaction would more properly constitute 'international' trade, and not

[24] Après examen de ces dispositions de l'ACI, il ne fait aucun doute que l'accord vise le commerce intérieur canadien. Il s'agit essentiellement d'un accord de libre-échange commercial à l'intérieur du Canada.

[25] Ces dispositions fournissent un contexte utile pour l'interprétation du par. 502(1) de l'ACI. Si je comprends bien les motifs du juge Ryer, il estime que les « marchés publics [. . .] passés au Canada » sont un sous-ensemble de la catégorie du « commerce intérieur au Canada », qui délimite au par. 101(1) la portée de l'ACI; les « marchés publics [. . .] passés au Canada » sont une sous-catégorie du « commerce intérieur au Canada » par laquelle le gouvernement acquiert des fournitures : voir les motifs majoritaires, par. 36-40 et 58. Je pense qu'il a raison.

[26] Cette interprétation est compatible avec le reste de l'art. 502. Le paragraphe 502(3) permet, en matière de marchés publics, à certaines entités de s'écarter de l'ACI dans leurs pratiques commerciales, pourvu qu'elles n'exercent pas de discrimination à l'égard des fournisseurs de produits ou services d'une autre partie.

[27] Les marchés publics passés au Canada dont fait état le par. 502(1) sont des marchés entre une entité gouvernementale d'une partie à l'ACI et un fournisseur d'une autre partie. Ainsi, lorsqu'une entité du gouvernement fédéral, d'une province ou d'un territoire (sauf le Nunavut) conclut un marché avec un fournisseur relevant du gouvernement fédéral ou d'un gouvernement provincial ou territorial (sauf le Nunavut) qui sont les parties à l'ACI, la partie qui lance l'appel d'offres doit agir conformément aux exigences de l'ACI.

[28] Selon l'article 518, seuls les fournisseurs ayant un bureau au Canada peuvent prétendre au statut de fournisseur canadien, ce qui est logique compte tenu du fait que l'ACI vise le commerce intérieur. Comme l'a fait remarquer le juge Ryer, l'attribution d'un marché à un fournisseur étranger impliquerait le commerce avec un fournisseur non établi au Canada — « la transaction résultante

‘internal’ Canadian trade or trade inside Canada” (para. 55).

[29] I do not think the interpretation that suppliers to procurement under the AIT have to be suppliers in Canada is inconsistent with the French text of the AIT. In his dissent, Létourneau J.A. expressed concern that the French version of Article 502(1) indicated that the AIT’s procurement provisions applied “to a public deal or contract done in Canada which involves the Canadian government in this case” (para. 97). In French, Article 502(1) refers to “*marchés publics . . . passés au Canada*”. While, acontextually, the phrase “*marchés publics . . . passés au Canada*” might be interpreted as procurement merely made or reached in Canada, the phrase must be read in light of the title, the Preamble and Chapter One’s stipulation that the agreement applies to “internal trade” and “trade within Canada”. In the context of the AIT’s scope and purpose, I think it is fair to say that in order for a procurement contract to be “*pass[é] au Canada*”, the supplier must be Canadian, as defined in Article 518.

(iv) The Relationship Between Suppliers and the Parties to a Trade Agreement in the Scheme of the CITT Regulations

[30] This appeal proceeds on the basis that Northrop Overseas does not have a place of business in Canada. On this basis, Northrop Overseas is not a Canadian supplier because it does not have a place of business within the jurisdiction of a government that is a party to the AIT and it is not entitled to invoke the provisions of the AIT in order to have standing before the CITT.

[31] In other words, a designated contract, under the scheme of s. 3(1) of the CITT Regulations, is one for procurement by a government or government entity under either the NAFTA, the AIT, the WTO-AGP, or, now, the CCFTA. The placement of the AIT alongside other trade agreements in

relèverait plus exactement du commerce “international” que du commerce “intérieur” canadien ou du commerce à l’intérieur du Canada » (par. 55).

[29] Je ne pense pas qu’il soit incompatible avec la version française de l’ACI d’affirmer que les fournisseurs d’un marché public visé par l’ACI doivent être des fournisseurs au Canada. Dans ses motifs dissidents, le juge Létourneau a trouvé préoccupant que la version française du par. 502(1) indique que les dispositions de l’ACI relatives aux marchés publics s’appliquent à « un marché (*deal*) ou contrat public fait au Canada et impliquant, en l’occurrence, le gouvernement canadien » (par. 97). La version française du par. 502(1) mentionne les « marchés publics [. . .] passés au Canada ». Sans contexte, l’expression « marchés publics [. . .] passés au Canada » pourrait être interprétée comme visant simplement un marché public fait ou conclu au Canada, mais il faut l’interpréter en tenant compte du titre, du préambule et de la clause prévue au chapitre un selon laquelle l’accord s’applique au « commerce intérieur » et au « commerce [. . .] à l’intérieur du Canada ». Compte tenu de la portée et de l’objet de l’ACI, je pense qu’il n’est pas exagéré de dire que, pour qu’un marché public soit « passé au Canada », le fournisseur doit être canadien au sens de l’art. 518.

(iv) La relation entre les fournisseurs et les parties à un accord commercial sous le régime du Règlement

[30] Il est tenu pour acquis en l’espèce que Northrop Overseas n’a pas d’établissement au Canada. Par conséquent, Northrop Overseas n’est pas un fournisseur canadien puisqu’elle n’a pas d’établissement dans le ressort territorial d’un gouvernement qui est partie à l’ACI, et elle n’a pas le droit d’invoquer l’ACI pour se voir reconnaître la qualité pour agir devant le TCCE.

[31] Autrement dit, selon l’économie du par. 3(1) du Règlement, est un contrat spécifique tout contrat relatif à un marché accordé par un gouvernement ou une entité gouvernementale et visé par l’ALÉNA, l’ACI, l’AMP de l’OMC, ou encore maintenant par l’ALÉCC. Le fait que l’ACI soit mentionné au

s. 3(1) is instructive. These agreements operate on the basis of a mutual lowering of trade barriers for the parties to each agreement. Canada negotiated access for its citizens to markets in other countries in exchange for lowering Canadian barriers to commerce from these same countries. The agreements confer rights on the parties to them and to suppliers of those parties.

[32] In the case of the AIT, in order for the contract to be a designated contract, the supplier must be a Canadian supplier in a procurement contract by a Canadian government or government entity. Otherwise the AIT is inapplicable to that contract.

(v) Circularity

[33] Létourneau J.A. was of the view that PW's argument is circular, stating that

a potential supplier, according to section 30.1 of the CITT Act, is "a bidder or prospective bidder on a designated contract." And a designated contract is one that takes into account particular circumstances or characteristics of the potential supplier. In other words, a potential supplier is defined by the designated contract and a designated contract is defined by the potential supplier. [para. 102]

I am unable to agree with this characterization because, in my view, it conflates the notion of "potential supplier" in ss. 30.1 and 30.11 of the CITT Act with the notion of "supplier" in Article 502 of the AIT. These are, in my respectful view, two different concepts that are used in two different ways.

[34] Under Article 502 of the AIT, the nationality of the "supplier" is necessary to determine whether the procurement at issue is "within Canada" and therefore covered by the AIT. By contrast, the notion of "potential supplier" defined at s. 30.1 of the CITT Act is used, at s. 30.11, to determine whether the complainant has standing before the CITT under a relevant listed trade agreement. The term "potential supplier" in the CITT Act is general and intended to apply to all the trade agreements listed in s. 3(1) of the CITT Regulations.

par. 3(1) aux côtés d'autres accords commerciaux est révélateur. Ces accords sont fondés sur la réduction mutuelle des obstacles commerciaux entre les parties à l'accord. Le Canada a négocié l'accès à des marchés d'autres pays pour les Canadiens en échange d'une réduction de ses barrières commerciales à l'égard des citoyens de ces mêmes pays. Les accords confèrent des droits aux signataires et à leurs fournisseurs.

[32] Dans le cas de l'ACI, pour qu'un contrat soit un contrat spécifique, le fournisseur doit être un fournisseur canadien dans un marché public accordé par un gouvernement canadien ou une entité gouvernementale canadienne. Sinon, l'ACI ne s'applique pas à ce contrat.

(v) Circularité

[33] Estimant que l'argument de TPSGC est circulaire, le juge Létourneau a écrit :

... le fournisseur potentiel, suivant l'article 30.1 de la Loi sur le TCCE, est tout « soumissionnaire — même potentiel — d'un contrat spécifique ». Et un contrat spécifique est un contrat tenant compte de la situation ou des caractéristiques particulières du fournisseur potentiel. En d'autres termes, le fournisseur potentiel se définit à partir du contrat spécifique et le contrat spécifique, en fonction du fournisseur potentiel. [par. 102].

Je ne puis partager cette description parce qu'elle confond, à mon avis, la notion de « fournisseur potentiel » aux art. 30.1 et 30.11 de la Loi et celle de « fournisseur » à l'art. 502 de l'ACI. Il s'agit, selon moi, de deux concepts distincts utilisés de deux façons différentes.

[34] Selon l'article 502 de l'ACI, il est nécessaire de connaître la nationalité du « fournisseur » pour décider si le marché public en cause est « passé au Canada » et donc visé par l'ACI. Par contre, à l'art. 30.11 de la Loi, on recourt à la notion de « fournisseur potentiel » définie à l'art. 30.1 pour déterminer si le plaignant a qualité pour agir devant le TCCE en vertu d'un accord commercial pertinent énuméré. Le terme « fournisseur potentiel » dans la Loi est général; il est censé s'appliquer à tous les accords commerciaux énumérés au par. 3(1) du

While these determinations may overlap to some extent, the notion of “potential supplier” and the nationality of the supplier enter into consideration at different stages of the analysis for different purposes. There is therefore no circularity.

(vi) Other Provisions of the AIT

[35] Northrop Overseas points to a number of other provisions of Chapter Five of the AIT as supporting its argument that the AIT confers rights to it. These arguments are made with respect to the second issue, namely, whether Northrop Overseas’ complaint discloses a reasonable indication of a violation of the AIT in accordance with s. 7(1) of the CITT Regulations. I do not address this issue because I have found that non-Canadian suppliers do not have standing before the CITT. Nevertheless, I think it is useful to address some of Northrop Overseas’ arguments in that they might be thought to have a bearing on the interpretation of Article 502 of the AIT.

[36] Northrop Overseas says that Article 514 provides for federal bid protest procedures (i.e. the CITT) that are available to all suppliers on a procurement by a designated entity. It points to the distinction between “suppliers” and “Canadian suppliers” in the definitions at Article 518 of the AIT to argue that where the AIT refers only to “suppliers”, as in Article 514, it includes non-Canadian suppliers. That interpretation would mean that, in this case, Northrop Overseas, a non-Canadian supplier, would be entitled to file a complaint before the CITT. I do not think this interpretation can stand. The AIT does not distinguish between “Canadian suppliers” and “suppliers” in the way Northrop Overseas suggests. Although Articles 513(2-6) refer only to “suppliers”, Articles 513(4-6) assume that the supplier will be located in a province. For example, Article 513(4) provides that “a supplier . . . may make a written request to the contact point in the Province where the supplier is located to seek resolution of the complaint”.

Règlement. Ces déterminations peuvent se chevaucher dans une certaine mesure, mais la notion de « fournisseur potentiel » et la nationalité du fournisseur entrent en jeu à différentes étapes de l’analyse pour différents besoins. Il n’y a donc pas de circularité.

(vi) Autres dispositions de l’ACI

[35] Northrop Overseas souligne d’autres dispositions du chapitre cinq de l’ACI pour appuyer sa prétention que cet accord lui confère des droits. Ces arguments se rapportent à la deuxième question, soit celle de savoir si la plainte de Northrop Overseas démontre, dans une mesure raisonnable, l’existence d’une violation de l’ACI, conformément au par. 7(1) du Règlement. Je ne traite pas de cette question parce que j’ai conclu que les fournisseurs non canadiens n’ont pas qualité pour agir devant le TCCE. J’estime néanmoins utile d’examiner certains des arguments de Northrop Overseas, car ils pourraient avoir une incidence sur l’interprétation de l’art. 502 de l’ACI.

[36] Selon l’article 514, affirme Northrop Overseas, les fournisseurs qui participent à un marché public de l’entité désignée peuvent se prévaloir des procédures de contestation des offres à l’égard des marchés du gouvernement fédéral (à savoir les procédures devant le TCCE). Elle souligne la distinction entre « fournisseurs » et « fournisseurs canadiens » dans les définitions de l’art. 518 de l’ACI pour soutenir que, lorsque l’ACI ne mentionne que « fournisseurs », comme à l’art. 514, il inclut les fournisseurs non canadiens. Selon cette interprétation, en l’espèce Northrop Overseas, fournisseur non canadien, aurait le droit de déposer une plainte devant le TCCE. Je ne pense pas que cette interprétation puisse tenir. La distinction entre « fournisseurs canadiens » et « fournisseurs » dans l’ACI n’est pas celle proposée par Northrop Overseas. Même si les par. 513(2) à (6) mentionnent seulement « fournisseurs », les par. 513(4) à (6) tiennent clairement pour acquis que le fournisseur a un établissement dans une province. Par exemple, le par. 513(4) prévoit que « [l]e fournisseur [. . .] peut demander par écrit au service compétent de la province où il est établi de tenter de régler la plainte. »

[37] The fact that the AIT does not specify that the provincial bid protest procedures set out in Article 513 are limited to Canadian suppliers, while clearly assuming it, suggests that references to “suppliers” in Article 514, which sets out the federal bid protest procedures, are also meant to apply only to Canadian suppliers.

[38] Article 504(6) (and perhaps Article 504(5)) do use “supplier” so as to include non-Canadian suppliers. Other provisions of Article 504 use “supplier” (and not “Canadian supplier”) to refer to suppliers from Canada: Article 504(1) refers to “suppliers . . . of any other Party”, Articles 504(2) and (4) refer to “suppliers . . . of a particular Province or region”, and Article 504(3) assumes suppliers will have a “place of business in Canada”. However, Article 504(6) provides:

Except as otherwise required to comply with international obligations, a Party may limit its tendering to Canadian goods, Canadian services or Canadian suppliers, subject to the following conditions:

- (a) the procuring Party must be satisfied that there is sufficient competition among Canadian suppliers;
- (b) all qualified suppliers must be informed through the call for tenders of the existence of the preference and the rules applicable to determine Canadian content; and
- (c) the requirement for Canadian content must be no greater than necessary to qualify the procured good or service as a Canadian good or service. [Emphasis added.]

A number of interpretations of this provision have been advanced. Northrop Overseas argues that it must be intended to benefit non-Canadian suppliers. Otherwise it creates “a right for which there is no beneficiary” (Factum, at para. 93).

[39] I do not think this is the correct way to read Article 504(6). The opening words of the provision

[37] Le fait que l’ACI ne précise pas que les procédures de contestation des offres exposées à l’art. 513 — qui vise les marchés publics des provinces — sont limitées aux fournisseurs canadiens, tout en le tenant clairement pour acquis, tend à indiquer que les « fournisseurs » à l’art. 514 — qui énonce les procédures de contestation des offres concernant les marchés du gouvernement fédéral — visent aussi uniquement les fournisseurs canadiens.

[38] Le paragraphe 504(6) — et peut-être le par. 504(5) — emploie effectivement « fournisseur » de manière à inclure les fournisseurs non canadiens. Les autres dispositions de l’art. 504 utilisent « fournisseur » (et non « fournisseur canadien ») pour désigner les fournisseurs du Canada : le par. 504(1) mentionne « fournisseurs [. . .] des autres Parties », les par. 504(2) et (4) indiquent « fournisseurs [. . .] d’une province ou d’une région », et le par. 504(3) tient pour acquis que les fournisseurs ont un « établissement [. . .] au Canada ». Toutefois, le par. 504(6) prévoit :

Sauf disposition contraire nécessaire pour assurer le respect d’obligations internationales, une Partie peut limiter l’appel d’offres à des produits canadiens, à des services canadiens ou à des fournisseurs canadiens, sous réserve des conditions suivantes :

- a) la Partie qui lance l’appel d’offres doit être convaincue de l’existence d’une concurrence suffisante entre les fournisseurs canadiens;
- b) tous les fournisseurs qualifiés doivent être informés, dans l’appel d’offres, de l’existence de la préférence et des règles qui seront appliquées pour déterminer le contenu canadien;
- c) l’exigence en matière de contenu canadien ne doit pas être supérieure à ce qui est nécessaire pour que le produit ou le service visé par le marché public soit qualifié de produit ou de service canadien. [Je souligne.]

Cette disposition a fait l’objet de plusieurs interprétations. Northrop Overseas fait valoir qu’elle était sûrement destinée à bénéficier aux fournisseurs non canadiens, sinon elle crée [TRADUCTION] « un droit qui ne bénéficie à personne » (mémoire, par. 93).

[39] Je ne crois pas que ce soit une bonne interprétation du par. 504(6). Les mots introductifs de

recognize that the AIT will not trump international obligations pertaining to the nationality of goods, services or suppliers of a procurement process. It does not recognize any obligations to foreign suppliers, unless those obligations are required by international agreements or law. Otherwise, the obligations recognized in the AIT are to other government parties and the suppliers of those parties. The conditions under which a procurement may be limited to Canadian goods, services or suppliers in Article 504(6) ensure that the taxpayers funding the procurement are receiving the benefits of a substantively competitive process. It does not bring foreign suppliers under the AIT.

[40] Northrop Overseas also argues that Article 506, on which it based its complaint, confers rights to all suppliers rather than just Canadian suppliers. However, as Ryer J.A. notes, Article 506(1) stipulates that procedures set out in Article 506 apply to the “procurements that are covered by Chapter 5” (para. 45). That, in turn, is determined by Article 502. I do not think that Article 506 is therefore helpful in interpreting Article 502 or the scope of the AIT. As I have stated, Chapter Five applies only to procurements between listed entities and Canadian suppliers.

(vii) Problems With the AIT Applying to Non-Canadian Suppliers

[41] Northrop Overseas’ argument that non-Canadian suppliers have standing to bring complaints based on the AIT to the CITT leads to problematic results. If the argument of Northrop Overseas were correct, it would gain rights under the AIT despite its government (here, the U.S.) not being a party to the AIT. This poses difficulties. First, the goods that were the subject of this procurement were excluded from the NAFTA and the WTO-AGP. Allowing non-Canadian suppliers to gain rights under the AIT where those rights were specifically excluded from agreements signed with

la disposition reconnaissent que l’ACI n’éclipsera pas les obligations internationales quant à l’origine des produits, services ou fournisseurs visés par un marché public. Il ne reconnaît aucune obligation envers les fournisseurs étrangers, à moins que de telles obligations ne soient prévues par le droit international ou des accords internationaux. Sinon, les obligations reconnues dans l’ACI sont à l’égard des autres parties gouvernementales et de leurs fournisseurs. Les conditions prévues au par. 504(6) aux termes desquelles un marché public peut être limité à des produits, services ou fournisseurs canadiens font en sorte que les contribuables qui financent le marché public bénéficient d’un processus véritablement concurrentiel. Le paragraphe 504(6) n’a pas pour effet d’englober les fournisseurs étrangers dans le champ d’application de l’ACI.

[40] Northrop Overseas soutient aussi que l’art. 506, sur lequel elle a fondé sa plainte, confère des droits à tous les fournisseurs et non uniquement aux fournisseurs canadiens. Cependant, comme le fait observer le juge Ryer, le par. 506(1) précise que les procédures énoncées à l’art. 506 s’appliquent aux « marchés visés par le chapitre 5 » (par. 45), qui relèvent eux-mêmes de l’art. 502. Je ne pense pas que l’art. 506 soit donc utile pour l’interprétation de l’art. 502 ou de la portée de l’ACI. Comme je l’ai indiqué, le chapitre cinq ne s’applique qu’aux marchés publics passés entre des entités énumérées et des fournisseurs canadiens.

(vii) Problèmes associés à l’application de l’ACI à des fournisseurs non canadiens

[41] L’argument de Northrop Overseas que les fournisseurs non canadiens ont qualité pour présenter devant le TCCE des plaintes fondées sur l’ACI mène à des résultats problématiques. Si cet argument était juste, Northrop Overseas obtiendrait des droits en vertu de l’ACI même si le gouvernement de son pays (en l’occurrence les É.-U.) n’est pas partie à l’ACI, ce qui pose des problèmes. Premièrement, les produits visés par le marché public en cause étaient exclus de l’ALÉNA et de l’AMP de l’OMC. Donner à des fournisseurs non canadiens la possibilité d’acquiescer des droits en

their country's government would undercut the exclusion. Canada has negotiated similar exclusions for the military goods at issue in this case in trade agreements with Chile, Colombia and Peru: see CCFTA, Annex *Kbis*-01.1-3, Schedule of Canada, Section A, para. 2; *Canada-Colombia Free Trade Agreement*, Annex 1401-3, Schedule of Canada, Section A, para. 2; *Canada-Peru Free Trade Agreement*, Annex 1401.1-3, Schedule of Canada, Section A, para. 2.

[42] Second, Northrop Overseas' interpretation undermines the Canadian government's approach to negotiating trade agreements. Access to an accelerated alternative dispute resolution body for procurement disputes, such as the CITT, is a concession that Canada can offer other countries in negotiating trade agreements with the intent of obtaining reciprocal concessions in the other country. If access to the CITT were freely available to suppliers of all countries, access to it would have no value as a concession and Canada would have greater difficulty securing the equivalent access for its own suppliers in foreign countries. Canada's trade agreements with Chile, Peru and Colombia also provide for timely dispute resolution of the sort provided by the CITT and, as noted above, the CCFTA has been added to s. 3(1) of the CITT Regulations: see CCFTA, Article *Kbis*-13; *Canada-Peru Free Trade Agreement*, Article 1412; and *Canada-Colombia Free Trade Agreement*, Article 1412.

[43] There would be no reason for the CITT Regulations to refer to each specific trade agreement if anyone contracting with a government institution had standing before the CITT solely on the basis of Article 502(1) of the AIT.

(viii) The Jurisdictions of the CITT and the Federal Court

[44] It is suggested that the CITT provides an efficient dispute resolution mechanism to which there

vertu de l'ACI alors que ces droits ont été expressément exclus des accords signés par le gouvernement de leur pays équivalait à court-circuiter l'exclusion. Le Canada a négocié des exclusions similaires pour les produits militaires en cause en l'espèce dans ses accords commerciaux avec le Chili, la Colombie et le Pérou : voir ALÉCC, annexe *Kbis*-01.1.3, Liste du Canada, section A, par. 2; *Accord de libre-échange Canada-Colombie*, annexe 1401-3, Liste du Canada, section A, par. 2; *Canada-Pérou Accord de libre-échange*, annexe 1401.1-3, Liste du Canada, section A, par. 2.

[42] Deuxièmement, l'interprétation de Northrop Overseas compromet l'approche du gouvernement canadien en matière de négociation d'accords commerciaux. L'accès à un organisme de règlement alternatif accéléré des différends relatifs aux marchés publics, comme le TCCE, est une concession que le Canada peut offrir à d'autres pays lors de la négociation d'accords commerciaux en vue d'obtenir des concessions réciproques de l'autre pays. Si les fournisseurs de tous les pays avaient librement accès au TCCE, cet accès n'aurait aucune valeur comme concession et le Canada aurait plus de difficulté à obtenir un accès équivalent à l'étranger pour ses propres fournisseurs. Les accords commerciaux du Canada avec le Chili, le Pérou et la Colombie permettent aussi la résolution de différends en temps utile d'une manière semblable à celle qu'offre le TCCE et, comme nous l'avons fait remarquer, l'ALÉCC a été ajouté au par. 3(1) du Règlement : voir ALÉCC, art. *Kbis*-13; *Canada-Pérou Accord de libre-échange*, art. 1412; et *Accord de libre-échange Canada-Colombie*, art. 1412.

[43] Il n'y aurait aucune raison pour que le Règlement mentionne chaque accord commercial en particulier si quiconque conclut un contrat avec une institution fédérale avait qualité pour agir devant le TCCE uniquement sur le fondement du par. 502(1) de l'ACI.

(viii) Les compétences du TCCE et de la Cour fédérale

[44] On fait valoir que le TCCE offre un mécanisme de règlement des différends efficace auquel

should be ready access. While the CITT may be an efficient dispute resolution vehicle, it is a statutory tribunal and access to it must be found in the relevant statutory instrument. The statutory provisions provide that access to the CITT is pursuant to specific trade agreements negotiated by governments. If the government of a supplier did not negotiate access to the CITT for its suppliers, there is no access for them.

[45] Northrop Overseas says that such an interpretation produces anomalous results. A Canadian supplier would have standing to challenge a contract awarded to a non-Canadian supplier but the reverse would not be true. Again, this is the result of the agreements negotiated by the governments who are parties to the various agreements under which the terms of access to the CITT are determined.

[46] It should be noted that a non-Canadian supplier of goods is not without recourse. Decisions of governments and government entities are subject to judicial review. In the case of the Government of Canada and its entities and, in particular, PW, there is recourse to the Federal Court by way of judicial review. It is argued that such recourse is limited and duplicative by comparison to that available through the CITT. While that may be so, again, access to the CITT is the product of the trade agreements entered into between the governments who are parties to such agreements and the legislation adopted to implement those agreements. The rights of suppliers are subject to the rights negotiated for them by their governments.

[47] Northrop Canada apparently has a place of business in Canada and if it, instead of Northrop Overseas, had bid on the procurement in this case, then, as the potential supplier in this case, it may well have had standing to complain about the award to Lockheed before the CITT. The majority of the Federal Court of Appeal suggested that income tax considerations may have been the reason Northrop Overseas was the potential supplier (para. 64). Whatever the reason, standing before the CITT is

on devrait y avoir facilement accès. Certes, le TCCE représente un instrument de règlement des différends efficace, mais il est aussi créé par une loi et la façon d'y accéder doit être prévue dans le texte de loi pertinent. Selon les dispositions législatives, l'accès au TCCE se fait de la façon prévue dans les accords commerciaux négociés par les gouvernements. Si le gouvernement dont relève un fournisseur n'a pas négocié le recours au TCCE pour ses fournisseurs, ils n'y ont pas accès.

[45] Selon Northrop Overseas, une telle interprétation produit des résultats anormaux. Un fournisseur canadien aurait qualité pour contester un contrat attribué à un fournisseur non canadien, mais l'inverse ne serait pas vrai. Encore une fois, cette situation résulte des accords négociés par les gouvernements qui sont parties aux divers accords, lesquels déterminent l'accès au TCCE.

[46] Il convient de souligner que les fournisseurs non canadiens ne sont pas sans recours. Les décisions des gouvernements et des entités gouvernementales sont assujetties au contrôle judiciaire. Dans le cas du gouvernement du Canada et de ses entités, en particulier le TPSGC, il existe un recours devant la Cour fédérale : la demande de contrôle judiciaire. On fait valoir que, par rapport à ce qu'offre le TCCE, un tel recours est limité et fait double emploi. C'est peut-être vrai, mais là encore, il ne faut pas oublier que l'accès au TCCE résulte des accords commerciaux entre les gouvernements qui y sont parties et des dispositions législatives adoptées pour leur mise en œuvre. Les droits des fournisseurs sont assujettis aux droits négociés pour eux par leurs gouvernements.

[47] Il semble que Northrop Canada possède un établissement au Canada. Si elle avait soumissionné à la place de Northrop Overseas pour le marché public en cause, alors en tant que fournisseur potentiel, elle aurait fort bien pu avoir qualité pour présenter devant le TCCE une plainte concernant l'attribution du contrat à Lockheed. La Cour d'appel fédérale, à la majorité, a fait observer que la raison pour laquelle Northrop Overseas était le fournisseur potentiel était peut-être attribuable à des motivations

determined by the agreements entered into by the governments of suppliers. As Northrop Overseas is within the jurisdiction of a government that did not negotiate access to the CITT for this type of military procurement by the Government of Canada, its recourse is judicial review in the Federal Court.

5. Disposition

[48] I would dismiss the appeal with costs.

APPENDIX

Canadian International Trade Tribunal Act, R.S.C. 1985, c. 47 (4th Supp.)

30.1 [Definitions] In this section and in sections 30.11 to 30.19,

“complaint” means a complaint filed with the Tribunal under subsection 30.11(1);

“designated contract” means a contract for the supply of goods or services that has been or is proposed to be awarded by a government institution and that is designated or of a class of contracts designated by the regulations;

“government institution” means any department or ministry of state of the Government of Canada, or any other body or office, that is designated by the regulations;

“interested party” means a potential supplier or any person who has a material and direct interest in any matter that is the subject of a complaint;

“potential supplier” means, subject to any regulations made under paragraph 40(f.1), a bidder or prospective bidder on a designated contract.

30.11 (1) [Filing of complaint] Subject to the regulations, a potential supplier may file a complaint with the Tribunal concerning any aspect of the procurement process that relates to a designated contract and request the Tribunal to conduct an inquiry into the complaint.

d’ordre fiscal (par. 64). Quelle que soit la raison, la qualité pour agir devant le TCCE est déterminée par les accords conclus par les gouvernements dont relèvent les fournisseurs. Comme Northrop Overseas est établie dans le ressort territorial d’un gouvernement qui n’a pas négocié d’accès au TCCE pour ce type de marché public en matière militaire passé par le gouvernement du Canada, son recours est une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale.

5. Dispositif

[48] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

ANNEXE

Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur, L.R.C. 1985, ch. 47 (4^e suppl.)

30.1 [Définitions] Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article et aux articles 30.11 à 30.19.

« contrat spécifique » Contrat relatif à un marché de fournitures ou services qui a été accordé par une institution fédérale — ou pourrait l’être —, et qui soit est précisé par règlement, soit fait partie d’une catégorie réglementaire.

« fournisseur potentiel » Sous réserve des règlements pris en vertu de l’alinéa 40f.1), tout soumissionnaire — même potentiel — d’un contrat spécifique.

« institution fédérale » Ministère ou département d’État fédéral, ainsi que tout autre organisme, désigné par règlement.

« intéressée » S’appliquant à « partie », le terme vise tout fournisseur potentiel ou toute personne ayant un intérêt économique direct dans l’affaire en cause dans une plainte.

« plainte » Plainte déposée auprès du Tribunal en vertu du paragraphe 30.11(1).

30.11 (1) [Dépôt des plaintes] Tout fournisseur potentiel peut, sous réserve des règlements, déposer une plainte auprès du Tribunal concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique et lui demander d’enquêter sur cette plainte.

30.13 (1) [Decision to conduct inquiry] Subject to the regulations, after the Tribunal determines that a complaint complies with subsection 30.11(2), it shall decide whether to conduct an inquiry into the complaint, which inquiry may include a hearing.

Canadian International Trade Tribunal Procurement Inquiry Regulations, SOR/93-602

Designations

3. (1) For the purposes of the definition “designated contract” in section 30.1 of the Act, any contract or class of contract concerning a procurement of goods or services or any combination of goods or services, as described in Article 1001 of NAFTA, in Article 502 of the Agreement on Internal Trade, in Article I of the Agreement on Government Procurement or in Article *Kbis-01* of Chapter *Kbis* of the CCFTA, by a government institution, is a designated contract.

. . .

Conditions for Inquiry

7. (1) The Tribunal shall, within five working days after the day on which a complaint is filed, determine whether the following conditions are met in respect of the complaint:

- (a) the complainant is a potential supplier;
- (b) the complaint is in respect of a designated contract; and
- (c) the information provided by the complainant, and any other information examined by the Tribunal in respect of the complaint, discloses a reasonable indication that the procurement has not been carried out in accordance with whichever of Chapter Ten of NAFTA, Chapter Five of the Agreement on Internal Trade, the Agreement on Government Procurement or Chapter *Kbis* of the CCFTA applies.

Agreement on Internal Trade, (1995) 129 Can. Gaz. I, 1323

PREAMBLE

The Governments of Canada, Newfoundland and Labrador, Nova Scotia, Prince Edward Island, New Brunswick, Quebec, Ontario, Manitoba, Saskatchewan, Alberta, British Columbia, the Northwest Territories and Yukon,

30.13 (1) [Enquête] Après avoir jugé la plainte conforme et sous réserve des règlements, le Tribunal détermine s’il y a lieu d’enquêter. L’enquête peut comporter une audience.

Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics, DORS/93-602

Désignations

3. (1) Pour l’application de la définition de « contrat spécifique » à l’article 30.1 de la Loi, est un contrat spécifique tout contrat relatif à un marché de fournitures ou services ou de toute combinaison de ceux-ci, accordé par une institution fédérale — ou qui pourrait l’être — et visé, individuellement ou au titre de son appartenance à une catégorie (*sic*), à l’article 1001 de l’ALÉNA, à l’article 502 de l’Accord sur le commerce intérieur, à l’article premier de l’Accord sur les marchés publics ou à l’article *Kbis-01* du chapitre *Kbis* de l’ALÉCC.

. . .

Conditions de l’enquête

7. (1) Dans les cinq jours ouvrables suivant la date du dépôt d’une plainte, le Tribunal détermine si les conditions suivantes sont remplies :

- a) le plaignant est un fournisseur potentiel;
- b) la plainte porte sur un contrat spécifique;
- c) les renseignements fournis par le plaignant et les autres renseignements examinés par le Tribunal relativement à la plainte démontrent, dans une mesure raisonnable, que la procédure du marché public n’a pas été suivie conformément au chapitre 10 de l’ALÉNA, au chapitre cinq de l’Accord sur le commerce intérieur, à l’Accord sur les marchés publics ou au chapitre *Kbis* de l’ALÉCC, selon le cas.

Accord sur le commerce intérieur, (1995) 129 Gaz. Can. I, 1323

PRÉAMBULE

Les gouvernements du Canada, de Terre-Neuve-et-Labrador, de la Nouvelle-Écosse, de l’Île-du-Prince-Édouard, du Nouveau-Brunswick, du Québec, de l’Ontario, du Manitoba, de la Saskatchewan, de l’Alberta, de la Colombie-Britannique, des Territoires du Nord-Ouest et du Yukon,

RESOLVED to:

PROMOTE an open, efficient and stable domestic market for long-term job creation, economic growth and stability;

REDUCE AND ELIMINATE, to the extent possible, barriers to the free movement of persons, goods, services and investments within Canada;

PROMOTE equal economic opportunity for Canadians;

ENHANCE the competitiveness of Canadian business;

PROMOTE sustainable and environmentally sound development;

CONSULT on matters related to internal trade;

RECOGNIZE the diverse social, cultural and economic characteristics of the provinces; and

RESPECT the legislative authorities of Parliament and the provincial legislatures under the Constitution of Canada;

HEREBY AGREE as follows:

PART I**GENERAL****Chapter One****Operating Principles****Article 100: Objective**

It is the objective of the Parties to reduce and eliminate, to the extent possible, barriers to the free movement of persons, goods, services and investments within Canada and to establish an open, efficient and stable domestic market. All Parties recognize and agree that enhancing trade and mobility within Canada would contribute to the attainment of this goal.

Article 101: Mutually Agreed Principles

1. This Agreement applies to trade within Canada in accordance with the chapters of this Agreement.

AYANT RÉSOLU :

DE PROMOUVOIR un marché intérieur ouvert, performant et stable, propice à la création d'emplois, à la croissance économique et à la stabilité économique à long terme,

DE RÉDUIRE ET D'ÉLIMINER, dans la mesure du possible, les obstacles à la libre circulation des personnes, des produits, des services et des investissements à l'intérieur du Canada,

DE PROMOUVOIR l'égalité des chances, sur le plan économique, pour tous les Canadiens,

DE RENDRE les entreprises canadiennes plus concurrentielles,

DE PROMOUVOIR un développement durable, dans le respect de l'environnement,

DE SE CONSULTER sur les questions touchant le commerce intérieur,

DE RECONNAÎTRE la diversité des caractéristiques sociales, culturelles et économiques des provinces,

DE RESPECTER les compétences législatives conférées au Parlement fédéral et aux législatures provinciales par la Constitution du Canada,

ONT CONVENU de ce qui suit :

PARTIE I**DISPOSITIONS GÉNÉRALES****Chapitre un****Principes directeurs****Article 100 : Objectif**

Les Parties souhaitent réduire et éliminer, dans la mesure du possible, les obstacles à la libre circulation des personnes, des produits, des services et des investissements à l'intérieur du Canada, et établir un marché intérieur ouvert, performant et stable. Toutes les Parties reconnaissent que l'accroissement du commerce et de la mobilité à l'intérieur du Canada peut contribuer à la réalisation de cet objectif.

Article 101 : Principes convenus

1. Le présent accord s'applique au commerce intérieur au Canada, conformément aux chapitres qu'il renferme.

3. In the application of this Agreement, the Parties shall be guided by the following principles:

- (a) Parties will not establish new barriers to internal trade and will facilitate the cross-boundary movement of persons, goods, services and investments within Canada;
- (b) Parties will treat persons, goods, services and investments equally, irrespective of where they originate in Canada;
- (c) Parties will reconcile relevant standards and regulatory measures to provide for the free movement of persons, goods, services and investments within Canada; and
- (d) Parties will ensure that their administrative policies operate to provide for the free movement of persons, goods, services and investments within Canada.

4. In applying the principles set out in paragraph 3, the Parties recognize:

- (a) the need for full disclosure of information, legislation, regulations, policies and practices that have the potential to impede an open, efficient and stable domestic market;
- (b) the need for exceptions and transition periods;
- (c) the need for exceptions required to meet regional development objectives in Canada;
- (d) the need for supporting administrative, dispute settlement and compliance mechanisms that are accessible, timely, credible and effective; and
- (e) the need to take into account the importance of environmental objectives, consumer protection and labour standards.

. . .

Article 501: Purpose

Consistent with the principles set out in Article 101(3) (Mutually Agreed Principles) and the statement of their application set out in Article 101(4), the purpose of this Chapter is to establish a framework that will ensure

3. Les principes suivants guideront les Parties dans l'application du présent accord :

- a) les Parties n'érigeront pas de nouveaux obstacles au commerce intérieur et elles faciliteront la circulation des personnes, des produits, des services et des investissements entre les provinces au Canada;
- b) elles traiteront sur un pied d'égalité les personnes, les produits, les services et les investissements, indépendamment de leur lieu d'origine au Canada;
- c) elles concilieront leurs normes et leurs mesures réglementaires pertinentes, en vue d'assurer la libre circulation des personnes, des produits, des services et des investissements à l'intérieur du Canada;
- d) elles veilleront à ce que leurs politiques administratives favorisent la libre circulation des personnes, des produits, des services et des investissements à l'intérieur du Canada.

4. Dans l'application des principes énoncés au paragraphe 3, les Parties reconnaissent la nécessité :

- a) d'assurer la communication intégrale de l'information, des lois, des règlements, des politiques et des pratiques susceptibles de faire obstacle à un marché intérieur ouvert, performant et stable;
- b) de prévoir des exceptions et des périodes de transition;
- c) de prévoir les exceptions nécessaires permettant l'atteinte des objectifs de développement régional au Canada;
- d) d'établir des mécanismes administratifs, des mécanismes de règlement des différends et des mécanismes de contrôle qui soient à la fois accessibles, crédibles et efficaces, et qui permettent d'agir en temps utile;
- e) de tenir compte de l'importance et de la préservation de l'environnement, et de la protection des consommateurs et des normes du travail.

. . .

Article 501 : Objet

Conformément aux principes énoncés au paragraphe 101(3) (Principes convenus) et à leurs modalités d'application énoncées au paragraphe 101(4), le présent chapitre vise à établir un cadre qui assurera à tous

equal access to procurement for all Canadian suppliers in order to contribute to a reduction in purchasing costs and the development of a strong economy in a context of transparency and efficiency.

Article 502: Scope and Coverage

1. This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party relating to procurement within Canada by any of its entities listed in Annex 502.1A, where the procurement value is:

- (a) \$25,000 or greater, in cases where the largest portion of the procurement is for goods;

3. The entities listed in Annex 502.2B shall be free to pursue commercial procurement practices that may otherwise not comply with this Chapter. Nevertheless, the Parties shall not direct those entities to discriminate against the goods, services or suppliers of goods or services of any Party, including those related to construction.

Article 504: Reciprocal Non-Discrimination

1. Subject to Article 404 (Legitimate Objectives), with respect to measures covered by this Chapter, each Party shall accord to:

- (a) the goods and services of any other Party, including those goods and services included in construction contracts, treatment no less favourable than the best treatment it accords to its own such goods and services; and
- (b) the suppliers of goods and services of any other Party, including those goods and services included in construction contracts, treatment no less favourable than the best treatment it accords to its own suppliers of such goods and services.

2. With respect to the Federal Government, paragraph 1 means that, subject to Article 404 (Legitimate Objectives), it shall not discriminate:

- (a) between the goods or services of a particular Province or region, including those goods and services included in construction contracts, and those of any other Province or region; or

les fournisseurs canadiens un accès égal aux marchés publics, de manière à réduire les coûts d'achat et à favoriser l'établissement d'une économie vigoureuse, dans un contexte de transparence et d'efficacité.

Article 502 : Portée et champ d'application

1. Le présent chapitre s'applique aux mesures adoptées ou maintenues par une Partie relativement aux marchés publics suivants, passés au Canada par une de ses entités énumérées à l'annexe 502.1A :

- a) les marchés d'une valeur d'au moins 25 000 \$ et portant principalement sur des produits;

3. Les entités énumérées à l'annexe 502.2B sont libres d'appliquer, en matière de marchés publics, des pratiques commerciales par ailleurs non conformes avec le présent chapitre. Néanmoins, les Parties ne peuvent ordonner à ces entités d'exercer de la discrimination à l'égard des produits, des services ou des fournisseurs de produits ou services d'une Partie, y compris en matière de travaux de construction.

Article 504 : Non-discrimination réciproque

1. Sous réserve de l'article 404 (Objectifs légitimes), en ce qui concerne les mesures visées par le présent chapitre, chaque Partie accorde :

- a) aux produits et aux services des autres Parties, y compris aux produits et services inclus dans les marchés de construction, un traitement non moins favorable que le meilleur traitement qu'elle accorde à ses propres produits et services;
- b) aux fournisseurs de produits et de services des autres Parties, y compris aux produits et services inclus dans les marchés de construction, un traitement non moins favorable que le meilleur traitement qu'elle accorde à ses propres fournisseurs de tels produits et services.

2. Sous réserve de l'article 404 (Objectifs légitimes), le paragraphe 1 a pour effet d'interdire au gouvernement fédéral d'exercer de la discrimination :

- a) entre les produits ou services d'une province ou d'une région, y compris entre ceux inclus dans les marchés de construction, et les produits ou services d'une autre province ou région;

- (b) between the suppliers of such goods or services of a particular Province or region and those of any other Province or region.

3. Except as otherwise provided in this Chapter, measures that are inconsistent with paragraphs 1 and 2 include, but are not limited to, the following:

- (a) the imposition of conditions on the invitation to tender, registration requirements or qualification procedures that are based on the location of a supplier's place of business in Canada, the place in Canada where the goods are produced or the services are provided, or other like criteria;

4. No Party shall impose or consider, in the evaluation of bids or the award of contracts, local content or other economic benefits criteria that are designed to favour:

- (a) the goods and services of a particular Province or region, including those goods and services included in construction contracts; or
 (b) the suppliers of a particular Province or region of such goods or services.

5. Except as otherwise required to comply with international obligations, a Party may accord a preference for Canadian value-added, subject to the following conditions:

- (a) the preference for Canadian value-added must be no greater than 10 per cent;
 (b) the Party shall specify in the call for tenders the level of preference to be used in the evaluation of the bid; and
 (c) all qualified suppliers must be informed through the call for tenders of the existence of the preference and the rules applicable to determine the Canadian value-added.

6. Except as otherwise required to comply with international obligations, a Party may limit its tendering to Canadian goods, Canadian services or Canadian suppliers, subject to the following conditions:

- b) entre les fournisseurs de tels produits ou services d'une province ou d'une région et les fournisseurs d'une autre province ou région.

3. Sauf disposition contraire du présent chapitre, sont comprises parmi les mesures incompatibles avec les paragraphes 1 et 2 :

- a) l'application soit de conditions dans le cadre d'un appel d'offres, soit d'exigences en matière d'enregistrement ou encore de procédures de qualification fondées sur l'endroit où se trouve l'établissement d'un fournisseur au Canada, sur l'endroit au Canada où les produits sont fabriqués ou les services sont fournis, ou sur d'autres critères analogues;

4. Les Parties ne peuvent imposer ou prendre en considération, dans l'évaluation des soumissions ou l'attribution des marchés, des critères relatifs au contenu local ou d'autres critères fondés sur des retombées économiques et conçus pour favoriser :

- a) soit les produits et les services d'une province ou d'une région, y compris ceux inclus dans les marchés de construction;
 b) soit les fournisseurs de tels produits ou services d'une province ou d'une région.

5. Sauf disposition contraire nécessaire pour assurer le respect d'obligations internationales, une Partie peut accorder la préférence à des produits ou services en fonction de leur valeur ajoutée canadienne, sous réserve des conditions suivantes :

- a) la préférence accordée en fonction de la valeur ajoutée canadienne ne peut dépasser 10 pour cent;
 b) la Partie doit préciser dans l'appel d'offres le niveau de préférence qui sera appliqué dans l'évaluation des soumissions;
 c) tous les fournisseurs qualifiés doivent être informés, dans l'appel d'offres, de l'existence de la préférence et des règles qui seront appliquées pour déterminer le niveau de la valeur ajoutée canadienne.

6. Sauf disposition contraire nécessaire pour assurer le respect d'obligations internationales, une Partie peut limiter l'appel d'offres à des produits canadiens, à des services canadiens ou à des fournisseurs canadiens, sous réserve des conditions suivantes :

- | | |
|--|---|
| <p>(a) the procuring Party must be satisfied that there is sufficient competition among Canadian suppliers;</p> <p>(b) all qualified suppliers must be informed through the call for tenders of the existence of the preference and the rules applicable to determine Canadian content; and</p> <p>(c) the requirement for Canadian content must be no greater than necessary to qualify the procured good or service as a Canadian good or service.</p> | <p>a) la Partie qui lance l'appel d'offres doit être convaincue de l'existence d'une concurrence suffisante entre les fournisseurs canadiens;</p> <p>b) tous les fournisseurs qualifiés doivent être informés, dans l'appel d'offres, de l'existence de la préférence et des règles qui seront appliquées pour déterminer le contenu canadien;</p> <p>c) l'exigence en matière de contenu canadien ne doit pas être supérieure à ce qui est nécessaire pour que le produit ou le service visé par le marché public soit qualifié de produit ou de service canadien.</p> |
|--|---|

Article 506: Procedures for Procurement

6. In evaluating tenders, a Party may take into account not only the submitted price but also quality, quantity, transition costs, delivery, servicing, the capacity of the supplier to meet the requirements of the procurement and any other criteria directly related to the procurement that are consistent with Article 504. The tender documents shall clearly identify the requirements of the procurement, the criteria that will be used in the evaluation of bids and the methods of weighting and evaluating the criteria.

Article 506 : Procédures de passation des marchés publics

6. Dans l'évaluation des offres, une Partie peut tenir compte non seulement du prix indiqué, mais également de la qualité, de la quantité, des coûts de transition, des modalités de livraison, du service offert, de la capacité du fournisseur de satisfaire aux conditions du marché public et de tout autre critère se rapportant directement au marché public et compatible avec l'article 504. Les documents d'appel d'offres doivent indiquer clairement les conditions du marché public, les critères qui seront appliqués dans l'évaluation des soumissions et les méthodes de pondération et d'évaluation des critères.

Article 513: Bid Protest Procedures — Provinces

1. This Article applies to complaints regarding procurement by Provinces.
2. Where, in respect of a specific procurement, a supplier has had recourse to the dispute settlement procedures under another procurement agreement, it may not utilize the bid protest procedures of this Chapter for that specific procurement.
3. The supplier shall communicate its concerns or complaints in writing to the procuring Party with a view to resolving them.
4. Where a supplier has exhausted all reasonable means of recourse with respect to a complaint with the procuring

Article 513 : Procédures de contestation des offres — provinces

1. Le présent article s'applique aux plaintes concernant les marchés publics des provinces.
2. Le fournisseur qui, à l'égard d'un marché public donné, s'est prévalu du mécanisme de règlement des différends prévu par un autre accord concernant les marchés publics ne peut, pour ce qui concerne ce marché, recourir à la procédure de contestation des offres établies par le présent chapitre.
3. Le fournisseur transmet par écrit ses griefs ou ses plaintes à la Partie acheteuse, en vue d'en arriver à un règlement.
4. Le fournisseur qui, à l'égard d'une plainte, a épuisé tous les recours raisonnables auprès de la Partie acheteuse

Party, it may make a written request to the contact point in the Province where the supplier is located to seek resolution of the complaint.

5. Where the contact point determines that the complaint is reasonable, it shall, on behalf of the supplier, within 20 days after the date of delivery of the request, approach the contact point of the procuring Party and make representations on the supplier's behalf. Where the contact point determines that the complaint is unreasonable, it shall provide a written notice to the supplier within 20 days after the date of delivery of the request setting out reasons for the decision. Failure to provide such notice is deemed to be notice for the purposes of Article 1711(2)(a) (Initiation of Proceedings by Persons).

6. Where the matter has not been resolved under paragraph 5 within 20 days after the date of delivery of the supplier's request, the Party in whose territory the supplier is located may make a written request for consideration of the complaint by a review panel. The request shall be delivered to the procuring Party and to the Secretariat. Where the Party in whose territory the supplier is located determines the complaint to be unreasonable, it shall provide written notice to the person within 20 days after the date of delivery of the supplier's request. Failure to provide such notice is deemed to be notice for the purposes of Article 1711(2)(b) (Initiation of Proceedings by Persons).

Article 514: Bid Protest Procedures — Federal Government

1. This Article applies to complaints regarding procurement by the Federal Government.

2. In order to promote fair, open and impartial procurement procedures, the Federal Government shall adopt and maintain bid protest procedures for procurement covered by this Chapter that:

- (a) allow suppliers to submit bid protests concerning any aspect of the procurement process, which for the purposes of this Article begins after an entity has decided on its procurement requirement and continues through to the awarding of the contract;
- (b) encourage suppliers to seek a resolution of any complaint with the entity concerned prior to initiating a bid protest;

peut demander par écrit au service compétent de la province où il est établi de tenter de régler la plainte.

5. Si le service compétent décide que la plainte est raisonnable, il s'adresse alors, dans les 20 jours qui suivent la date de la transmission de la demande, au service compétent de la Partie acheteuse et lui présente des observations pour le compte du fournisseur. Si le service compétent décide que la plainte n'est pas raisonnable, il transmet au fournisseur, dans les 20 jours qui suivent la date de la transmission de la demande, un avis écrit indiquant les motifs de sa décision. L'absence de transmission de cet avis est réputée constituer l'avis prévu à l'alinéa 1711(2)a) (Procédures engagées par une personne).

6. Si la question n'est pas réglée en vertu du paragraphe 5 dans les 20 jours qui suivent la date de la transmission de la demande du fournisseur, la Partie sur le territoire de laquelle le fournisseur est établi peut demander par écrit l'examen de la plainte par un groupe d'examen. La demande doit être transmise à la Partie acheteuse et au Secrétariat. Si la Partie sur le territoire de laquelle le fournisseur est établi décide que la plainte n'est pas raisonnable, elle en avise par écrit le fournisseur dans les 20 jours qui suivent la date de la transmission de sa demande. L'absence de transmission de cet avis est réputée constituer l'avis prévu à l'alinéa 1711(2)b) (Procédures engagées par une personne).

Article 514 : Procédures de contestation des offres — gouvernement fédéral

1. Le présent article s'applique aux plaintes concernant les marchés publics du gouvernement fédéral.

2. Afin de favoriser des procédures équitables, ouvertes et impartiales en matière de marchés publics, le gouvernement fédéral adopte et maintient, à l'égard des marchés publics visés par le présent chapitre, des procédures de contestation des offres :

- a) permettant aux fournisseurs de présenter des contestations portant sur tout aspect du processus de passation du marché public, lequel, pour l'application du présent article, débute au moment où une entité décide des produits ou services à acquérir, et se poursuit jusqu'à l'attribution du marché;
- b) encourageant les fournisseurs à régler leurs plaintes à l'amiable avec l'entité concernée avant d'amorcer une contestation des offres;

- (c) ensure that its entities accord fair and timely consideration to any complaint regarding procurement covered by this Chapter;
- (d) limit the period within which a supplier may initiate a bid protest, provided that the period is at least 10 business days from the time when the basis of the complaint became known or reasonably should have become known to the supplier;
- (e) permit a supplier that does not achieve a successful resolution of its complaint to bring the matter to the attention of an authority, with no substantial interest in the outcome, to receive and consider the complaint and make appropriate findings and recommendations with respect to the complaint;
- (f) require the reviewing authority to provide its findings and recommendations in writing and in a timely manner and make them available to the Parties; and
- (g) require the reviewing authority to specify its bid protest procedures in writing and make them generally available.

. . .

Article 518: Definitions

In this Chapter:

. . .

Canadian supplier means a supplier that has a place of business in Canada;

. . .

place of business means an establishment where a supplier conducts activities on a permanent basis that is clearly identified by name and accessible during normal working hours;

. . .

- c) assurant que ses entités examinent de façon équitable et en temps utile toute plainte relative à un marché public visé par le présent chapitre;
- d) limitant le délai accordé à un fournisseur pour engager une contestation des offres, délai qui, toutefois, ne peut être inférieur à 10 jours ouvrables à compter de la date à laquelle le fournisseur a pris connaissance du fondement de la plainte ou aurait dû raisonnablement en prendre connaissance;
- e) permettant à un fournisseur qui ne parvient pas à régler sa plainte de soumettre la question à un organisme compétent n'ayant aucun intérêt substantiel dans l'issue de la plainte et qui sera chargé de recevoir et d'examiner celle-ci et de formuler les conclusions et les recommandations qui s'imposent à cet égard;
- f) obligeant l'organisme d'examen à formuler ses conclusions et ses recommandations par écrit et en temps utile, et à les communiquer aux Parties;
- g) obligeant l'organisme d'examen à indiquer par écrit ses procédures de contestation des offres et à les mettre à la disposition de tous les intéressés.

. . .

Article 518 : Définitions

Les définitions qui suivent s'appliquent au présent chapitre.

. . .

« **établissement** » Endroit où le fournisseur exerce ses activités de façon permanente et qui est clairement désigné par un nom et accessible durant les heures normales de travail.

« **fournisseur** » Personne qui, après évaluation de ses capacités financières, techniques et commerciales, est jugée en mesure d'exécuter un marché public donné. Sont également visées par la présente définition les personnes qui soumettent une offre en vue d'obtenir un marché public de construction.

supplier means a person who, based on an assessment of that person's financial, technical and commercial capacity, is capable of fulfilling the requirements of a procurement and includes a person who submits a tender for the purpose of obtaining a construction procurement;

tender means a response to a call for tenders;

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent the Lockheed Martin Corporation: Ogilvy Renault, Ottawa.

« **fournisseur canadien** » Fournisseur qui a un établissement au Canada.

. . .

« **offre** » Réponse à un appel d'offres.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimée Lockheed Martin Corporation : Ogilvy Renault, Ottawa.

Matthew Miazga *Appellant*

v.

Estate of Dennis Kvello (by his personal representative, Diane Kvello), Diane Kvello, S.K.1, S.K.2, Kari Klassen, Richard Klassen, Pamela Sharpe, Estate of Marie Klassen (by her personal representative, Peter Dale Klassen), John Klassen, Myrna Klassen, Peter Dale Klassen and Anita Janine Klassen *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Manitoba, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Director of Criminal and Penal Prosecutions of Quebec, Canadian Association of Crown Counsel, Association in Defence of the Wrongly Convicted, Criminal Lawyers Association (Ontario) and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: MIAZGA v. KVELLO ESTATE

Neutral citation: 2009 SCC 51.

File No.: 32208.

2008: December 12; 2009: November 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Torts — Malicious prosecution — Crown prosecutors — Malice requirement — Absence of reasonable and probable cause to initiate prosecution — Provincial Crown attorney found liable for

Matthew Miazga *Appellant*

c.

Succession Dennis Kvello (représentée par Diane Kvello), Diane Kvello, S.K.1, S.K.2, Kari Klassen, Richard Klassen, Pamela Sharpe, Succession Marie Klassen (représentée par Peter Dale Klassen), John Klassen, Myrna Klassen, Peter Dale Klassen et Anita Janine Klassen *Intimés*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général du Manitoba, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Association canadienne des juristes de l'État, Association in Defence of the Wrongly Convicted, Criminal Lawyers Association (Ontario) et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : MIAZGA c. KVELLO (SUCCESSION)

Référence neutre : 2009 CSC 51.

N° du greffe : 32208.

2008 : 12 décembre; 2009 : 6 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Responsabilité délictuelle — Poursuites abusives — Procureurs de la Couronne — Exigence de malveillance — Inexistence de motifs raisonnables et probables d'engager une poursuite — Procureur de la

malicious prosecution — Whether prosecutor's lack of subjective belief in existence of reasonable and probable cause to initiate prosecution sufficient to ground finding of malice — Whether malice element requires proof of improper purpose.

Three children made allegations of sexual assault against their biological parents, their mother's boyfriend and the respondents, who were the children's foster parents and members of the foster parents' extended family. Charges were subsequently laid and M, a provincial Crown attorney, prosecuted the case against the parents and the mother's boyfriend. All three were convicted, and the convictions were upheld by the Court of Appeal. The Supreme Court of Canada overturned the convictions, but concluded that the evidence of the children was sufficient to order new trials against the parents. Meanwhile, taking under advisement the trial judge's comments urging that the children not be made to endure another criminal proceeding, M negotiated a plea bargain with one of the accused (who is not a respondent in this case). The charges against the respondents were stayed. Some years later, all three children recanted their allegations against the respondents. The respondents commenced a civil suit for malicious prosecution against a number of individuals involved in the proceedings against them, including M.

M was found liable. The trial judge held that there were no objectively reasonable grounds upon which M could have believed that the respondents were probably guilty of the offences alleged. He held that M could not have had a subjective belief in the existence of reasonable and probable cause because of the unbelievable nature of the children's allegations against the respondents. He concluded that the absence of reasonable and probable cause raised a presumption of malice which, in the circumstances of this case, was itself sufficient to ground a finding of malice. In the event he was wrong on this conclusion, the trial judge held that there were other "indications of malice" to support the conclusion that M's prosecution of the respondents was animated by an improper purpose. While the Court of Appeal was unanimous in rejecting virtually all of the trial judge's "indicators of malice", the majority nevertheless concluded that the trial judge's finding that M did not have a subjective belief in the probable guilt of the respondents was sufficient to support the conclusion that he was actuated by malice and dismissed the appeal.

Held: The appeal should be allowed and the action dismissed.

Couronne d'une province tenu responsable de poursuites abusives — L'absence de croyance subjective du procureur à l'existence de motifs raisonnables et probables d'engager une poursuite suffit-elle à établir la malveillance? — L'intention malveillante exige-t-elle la preuve d'un but illégitime?

Trois enfants ont formulé des allégations d'agression sexuelle contre leurs parents biologiques, l'ami de cœur de leur mère et les intimés, qui étaient leurs parents nourriciers ainsi que des membres de la famille élargie de ces derniers. Des accusations ont ensuite été portées. Procureur de la Couronne provinciale, M a poursuivi les parents et l'ami de cœur de la mère, qui tous trois ont été reconnus coupables des faits reprochés. La Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité. La Cour suprême du Canada les a infirmées, mais elle a conclu que le témoignage des enfants justifiait que les parents subissent de nouveaux procès. Dans l'intervalle, tenant compte de la recommandation du juge du procès que les enfants n'aient pas à prendre part à une nouvelle instance pénale, M a négocié l'inscription d'un plaidoyer avec l'un des accusés (qui n'est pas partie au présent pourvoi). Les accusations contre les intimés ont été abandonnées. Quelques années plus tard, les trois enfants sont revenus sur leurs allégations, et les intimés ont intenté une action au civil pour poursuites abusives contre un certain nombre de participants à l'instance engagée contre eux, dont M.

La responsabilité de M a été retenue. Le juge de première instance a conclu que nuls motifs objectivement raisonnables n'avaient pu justifier M de croire à la culpabilité probable des intimés pour les infractions alléguées. Il a estimé qu'en raison de l'in vraisemblance des allégations formulées par les enfants contre les intimés, M n'avait pu croire en son for intérieur à l'existence de motifs raisonnables et probables. Aussi, l'inexistence de tels motifs faisait naître une présomption de malveillance qui, dans les circonstances de l'espèce, permettait à elle seule de conclure à l'intention malveillante. Il a ajouté que s'il avait tort sur ce point, d'autres « indices de malveillance » appuyaient la conclusion que la poursuite de M contre les intimés avait été motivée par un but illégitime. Les juges de la Cour d'appel ont unanimement écarté presque tous les « indices de malveillance », mais ils ont néanmoins statué à la majorité que la conclusion du juge de première instance selon laquelle M n'avait pas cru subjectivement à la culpabilité probable des intimés suffisait pour étayer celle que la malveillance avait animé le procureur, et ils ont rejeté l'appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'action est rejetée.

To succeed in an action for malicious prosecution, a plaintiff must prove that the prosecution was: (1) initiated by the defendant; (2) terminated in favour of the plaintiff; (3) undertaken without reasonable and probable cause; and (4) motivated by malice or a primary purpose other than that of carrying the law into effect. Only the last two elements are at issue in this appeal. [3]

The third element of the tort requires a plaintiff to prove an absence of reasonable and probable cause for initiating the prosecution. It is well established that the reasonable and probable cause inquiry comprises both a subjective and an objective component, such that for grounds to exist, there must be actual belief on the part of the prosecutor and that belief must be reasonable in the circumstances. However, principles established in suits between private parties cannot simply be transposed to cases involving Crown defendants without necessary modification. While the accuser's personal belief in the probable guilt of the accused may be an appropriate standard in a private suit, it is not a suitable definition of the subjective element of reasonable and probable cause in an action for malicious prosecution against Crown counsel. The reasonable and probable cause inquiry is not concerned with a prosecutor's personal views as to the accused's guilt, but with his or her professional assessment of the legal strength of the case. Given the burden of proof in a criminal trial, belief in "probable" guilt means that the prosecutor believes, based on the existing state of circumstances, that proof beyond a reasonable doubt could be made out in a court of law. The public interest is engaged in a public prosecution and the Crown attorney is duty-bound to act solely in the public interest in making the decision whether to initiate or continue a prosecution. This decision may not entirely accord with the individual prosecutor's personal views about a case, but Crown counsel must take care not to substitute his or her own views for that of the judge or the jury. Furthermore, where the action is taken against a Crown attorney, the inquiry into the prosecutor's subjective state of belief does not properly belong at the third stage of the test. In the context of a public prosecution, the third element necessarily turns on an objective assessment of the existence of sufficient cause. If the court concludes, on the basis of the circumstances known to the prosecutor at the relevant time, that reasonable and probable cause existed to commence or continue a criminal prosecution from an objective standpoint, the criminal process was properly employed, and the inquiry need go no further. If a judge determines that no objective grounds for the prosecution existed at the relevant time, the court

Pour obtenir gain de cause dans une action pour poursuites abusives, le demandeur doit établir que la poursuite criminelle (1) a été engagée par le défendeur, (2) qu'elle a débouché sur une décision favorable au demandeur, (3) qu'elle ne reposait pas sur des motifs raisonnables et probables et (4) qu'elle a été engagée dans une intention malveillante ou essentiellement à une autre fin que celle de l'application de la loi. Seuls les deux derniers éléments sont en litige dans le pourvoi. [3]

Le troisième élément constitutif du délit exige du demandeur qu'il prouve l'absence de motifs raisonnables et probables d'intenter la poursuite. Il est bien établi que la question de savoir si de tels motifs existent comporte un volet objectif et un volet subjectif, en sorte qu'il doit y avoir une croyance réelle de la part du poursuivant et cette croyance doit être raisonnable dans les circonstances. Cependant, les principes dégagés dans le cadre d'instances opposant des personnes privées ne peuvent pas simplement être appliqués aux instances auxquelles le ministère public est partie sans que les modifications qui s'imposent soient apportées. La croyance personnelle de l'accusateur à la culpabilité probable de l'accusé peut constituer une norme valable au civil, mais elle ne saurait correspondre à l'élément subjectif de l'existence de motifs raisonnables et probables dans une action pour poursuites abusives intentée contre un procureur de la Couronne. L'existence de motifs raisonnables et probables ne tient pas à l'opinion personnelle du poursuivant quant à la culpabilité de l'accusé, mais à son appréciation professionnelle du fondement juridique de la poursuite. Étant donné la norme de preuve applicable dans un procès criminel, pour le poursuivant, croire à la culpabilité « probable » signifie donc croire, au vu des circonstances existantes, que les faits reprochés pourraient être prouvés hors de tout doute raisonnable devant une cour de justice. La poursuite qu'intente le ministère public engage l'intérêt public et le procureur de la Couronne a le devoir d'agir dans ce seul intérêt lorsqu'il décide d'intenter ou de continuer une poursuite. Cette décision peut ne pas être en parfaite adéquation avec l'opinion personnelle de l'avocat de la Couronne, lequel doit se garder de substituer son avis à celui du juge ou du jury. Qui plus est, dans une action intentée contre un procureur de la Couronne, le degré de croyance subjective du poursuivant ne devrait pas relever du troisième volet du critère. Dans le cas d'une poursuite publique, la troisième étape de l'analyse s'entend donc forcément d'une appréciation objective de l'existence de motifs suffisants. Si, compte tenu des faits connus du poursuivant au moment considéré, le tribunal conclut qu'il existait objectivement des motifs raisonnables et probables d'engager ou de continuer une poursuite pénale, le recours au processus

must next inquire into the fourth element of the test for malicious prosecution. [58] [63] [69] [73] [75] [77]

Malice is a question of fact, requiring evidence that the prosecutor was impelled by an “improper purpose”. The malice element of the test will be made out when a court is satisfied, on a balance of probabilities, that the defendant Crown prosecutor commenced or continued the impugned prosecution with a purpose inconsistent with his or her role as a “minister of justice”. The plaintiff must demonstrate on the totality of the evidence that the prosecutor deliberately intended to subvert or abuse the office of the Attorney General or the process of criminal justice such that he or she exceeded the boundaries of the office of the Attorney General. The need to consider the “totality of all the circumstances” does not mean that the court is to embark on a second-guessing of every decision made by the prosecutor during the course of the criminal proceedings. It simply means that a court shall review all evidence related to the prosecutor’s state of mind, including any evidence of lack of belief in the existence of reasonable and probable cause, in deciding whether the prosecution was in fact fuelled by an improper purpose. While the absence of a subjective belief in reasonable and probable cause is relevant to the malice inquiry, it does not equate with malice and does not dispense with the requirement of proof of an improper purpose. By requiring proof of an improper purpose, the malice element ensures that liability will not be imposed in cases where a prosecutor proceeds, absent reasonable and probable grounds, by reason of incompetence, inexperience, honest mistake, negligence or even gross negligence. [78] [80-81] [85] [89]

In this case, there is no evidence to support a finding of malice. The trial judge’s “indicators of malice” find no support in law or on the record. Moreover, the approach adopted at trial in the review of M’s conduct of the prosecution exemplifies the very kind of second-guessing of prosecutorial discretion that should be avoided. The trial judge’s basis for concluding that M did not have the requisite subjective belief amounts to a palpable and overriding error and, as such, is not entitled to deference. M testified that, while he did not believe some aspects of the allegations, he believed the children. The trial judge did not reject this testimony but faulted M for failing to state that he believed in the respondents’ “probable guilt”. However, even if he had so testified, his testimony would have been rejected because, in the trial judge’s view, the children’s allegations could not possibly give rise to a reasonable belief

criminel était légitime, et l’examen prend fin. Le tribunal qui conclut à l’inexistence objective de tels motifs à l’époque pertinente doit ensuite examiner le quatrième volet du critère applicable aux poursuites abusives, celui de l’intention malveillante. [58] [63] [69] [73] [75] [77]

La malveillance est une question de fait exigeant la preuve que le poursuivant était motivé par un « but illégitime ». Le volet malveillance du critère applicable est respecté lorsque le tribunal conclut, suivant la prépondérance des probabilités, que le procureur de la Couronne défendeur a engagé ou continué la poursuite en cause dans un but incompatible avec son rôle de « représentant de la justice ». Le demandeur doit démontrer, au vu de l’ensemble de la preuve, que le poursuivant avait l’intention délibérée d’abuser des pouvoirs du procureur général ou de dénaturer le processus de justice criminelle, outrepassant ainsi les limites de la charge de procureur général. L’obligation du tribunal d’apprécier « l’ensemble des circonstances » ne signifie pas qu’il doit mettre en doute chacune des décisions du poursuivant prises au cours de l’instance criminelle. Il doit simplement examiner tous les éléments de preuve touchant à l’état d’esprit du poursuivant, dont toute preuve d’absence de croyance à l’existence de motifs raisonnables et probables, pour déterminer si la poursuite était en fait motivée par un but illégitime. Bien que l’absence de croyance subjective à l’existence de motifs raisonnables et probables puisse jouer pour déterminer s’il y a eu malveillance, elle ne l’établit pas et elle ne supprime pas l’obligation de prouver le but illégitime. L’exigence d’un but illégitime pour qu’il y ait malveillance écarte la responsabilité civile du poursuivant qui engage une poursuite sans motifs raisonnables et probables à cause de son incompetence, de son inexpérience, d’une erreur de bonne foi, de sa négligence ou même de sa négligence grave. [78] [80-81] [85] [89]

Dans la présente affaire, la preuve ne permet pas de conclure à l’intention malveillante. Les « indices de malveillance » relevés par le juge de première instance n’ont de fondement ni en droit ni au vu du dossier. En outre, la démarche du juge à l’égard des actes accomplis par M dans le cadre de la poursuite équivaut bel et bien à mettre en doute rétrospectivement l’exercice du pouvoir discrétionnaire du poursuivant en la matière, ce dont il faut se garder. La conclusion du juge de première instance selon laquelle M n’avait pas la croyance subjective requise équivaut à une erreur manifeste et dominante, de sorte qu’elle ne justifie aucune déférence. M a témoigné qu’il n’avait pas ajouté foi à certains aspects des allégations, mais qu’il avait cru les enfants. Le juge de première instance n’a pas écarté ce témoignage, mais il a reproché à M de ne pas avoir dit qu’il croyait à la « culpabilité probable » des intimés. Toutefois, même si

in probable guilt. That conclusion is not supported by the evidence. Several judges at both the trial and appellate levels in the criminal proceedings accepted and relied upon the same allegations by the children in convicting their biological parents. In the circumstances of this case, reliance on the findings of courts in antecedent proceedings does not amount to improper “bootstrapping”, but simply belies the trial judge’s assertion that no one could possibly have believed the children. [91] [94] [96]

The Court of Appeal erred in upholding the trial judge’s finding that M was liable for malicious prosecution. The court was unanimous in overturning virtually all of the facts relied upon by the trial judge as indicative of malice on the part of M. Nevertheless, the majority relied on the “totality of all the circumstances” requirement to forgo the need for evidence beyond absence of reasonable and probable cause to prove that M was in fact actuated by an improper purpose. The majority erred by concluding that M’s lack of subjective belief in the existence of grounds was sufficient to ground a finding of malice without identifying any improper purpose. Neither the plaintiffs nor the courts below have pointed to any improper purpose that impelled M to prosecute the respondents. [92] [100-101]

Cases Cited

Referred to: *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *R. v. R. (D.)* (1995), 98 C.C.C. (3d) 353, rev’d [1996] 2 S.C.R. 291; *Heath v. Heape* (1856), 1 H. & N. 478, 156 E.R. 1289; *Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167, aff’d [1881-5] All E.R. Rep. 187; *Abrath v. North Eastern Railway Co.* (1886), 11 App. Cas. 247; *Joint v. Thompson* (1867), 26 U.C.Q.B. 519; *Prentiss v. Anderson Logging Co.* (1911), 16 B.C.R. 289; *Jewhurst v. United Cigar Stores Ltd.* (1919), 49 D.L.R. 649; *Gabler v. Cymbaliski* (1922), 15 Sask. L.R. 457; *Love v. Denny* (1929), 64 O.L.R. 290; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *Danby v. Beardsley* (1880), 43 L.T. 603; *Ramsay v. Saskatchewan*, 2003 SKQB 163, 234 Sask. R. 172; *Hainsworth v. Ontario (Attorney General)*, [2002] O.J. No. 1390 (QL); *Hunt v. Ontario*, [2004] O.J. No. 5284 (QL); *Ferri v. Root*, 2007 ONCA 79, 279 D.L.R. (4th)

M l’avait précisé, son témoignage n’aurait pas été retenu, car le juge estimait que les allégations des enfants ne pouvaient faire naître une croyance raisonnable à la culpabilité probable des intimés. Cette conclusion n’est pas étayée par la preuve. Plusieurs juges de première instance et d’appel avaient conclu à la culpabilité des parents biologiques à partir des mêmes allégations des enfants. Dans les circonstances de l’espèce, ce n’est pas recourir à une assise induite que d’invoquer les conclusions de tribunaux tirées dans des instances antérieures; ces conclusions démentent simplement l’affirmation du juge de première instance que nul n’aurait pu croire les enfants. [91] [94] [96]

La Cour d’appel a eu tort de confirmer la décision de première instance tenant M responsable de poursuites abusives. Elle a écarté unanimement presque tous les faits qui, selon le juge de première instance, constituaient des indices de la malveillance de M. S’appuyant sur l’obligation de tenir compte de « l’ensemble des circonstances », les juges majoritaires ont néanmoins fait abstraction de la nécessité d’une autre preuve que la seule absence de motifs raisonnables et probables pour établir que M avait en fait été mû par un but illégitime. Ils ont eu tort de conclure que l’absence de croyance subjective de M à l’existence de motifs raisonnables et probables pouvait établir l’intention malveillante sans qu’il soit nécessaire de relever un but illégitime. Ni les demandeurs ni les juridictions inférieures n’ont relevé quelque but illégitime qui aurait incité M à poursuivre les intimés. [92] [100-101]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *R. c. R. (D.)* (1995), 98 C.C.C. (3d) 353, inf. par [1996] 2 R.C.S. 291; *Heath c. Heape* (1856), 1 H. & N. 478, 156 E.R. 1289; *Hicks c. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167, conf. par [1881-5] All E.R. Rep. 187; *Abrath c. North Eastern Railway Co.* (1886), 11 App. Cas. 247; *Joint c. Thompson* (1867), 26 U.C.Q.B. 519; *Prentiss c. Anderson Logging Co.* (1911), 16 B.C.R. 289; *Jewhurst c. United Cigar Stores Ltd.* (1919), 49 D.L.R. 649; *Gabler c. Cymbaliski* (1922), 15 Sask. L.R. 457; *Love c. Denny* (1929), 64 O.L.R. 290; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *Danby c. Beardsley* (1880), 43 L.T. 603; *Ramsay c. Saskatchewan*, 2003 SKQB 163, 234 Sask. R. 172; *Hainsworth c. Ontario (Attorney General)*, [2002] O.J. No. 1390 (QL); *Hunt c. Ontario*, [2004] O.J. No. 5284 (QL); *Ferri c. Root*, 2007 ONCA 79, 279 D.L.R. (4th)

643; *Wilson v. Toronto (Metropolitan) Police Service*, [2001] O.J. No. 2434 (QL); *Gliniski v. McIver*, [1962] 1 All E.R. 696; *A v. State of New South Wales*, [2007] HCA 10, [2007] 3 L.R.C. 693; *Marley v. Mitchell* (1988), [2006] N.Z.A.R. 181; *Al's Steak House & Tavern Inc. v. Deloitte & Touche* (1999), 45 C.C.L.T. (2d) 98.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 108(10).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 3.
Jury Act, R.S.P.E.I. 1988, c. J-5, s. 3(5).
Proceedings against the Crown Act, R.S.S. 1978, c. P-27, s. 5.

Authors Cited

Archibald, Todd L. "The Widening Net of Liability for Police and Public Officials in the Investigation of Crimes", in Todd L. Archibald and Michael Cochrane, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2001*. Toronto: Carswell, 2002, 1.
 Clerk, John Frederic. *Clerk & Lindsell on Torts*, 19th ed. London: Sweet & Maxwell, 2006.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998.
 Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto: The Committee, 1993.
 Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2007.
 Pearson, John. "Proulx and Reasonable and Probable Cause to Prosecute" (2002), 46 C.R. (5th) 156.
 Sopinka, John. "Malicious Prosecution: Invasion of Charter Interests: Remedies: *Nelles v. Ontario*: R. v. *Jedynack*: R. v. *Simpson*" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 366.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Vancise, Sherstobitoff and Lane J.J.A.), 2007 SKCA 57, 293 Sask. R. 187, 397 W.A.C. 187, 282 D.L.R. (4th) 1, [2007] 7 W.W.R. 577, 49 C.C.L.T. (3d) 194, [2007] S.J. No. 247 (QL), 2007 CarswellSask 237, upholding the judgment of Baynton J., 2003 SKQB 559, 244 Sask. R. 1, 234 D.L.R. (4th) 612, [2004] 9 W.W.R. 647, [2003] S.J. No. 830 (QL), 2003 CarswellSask 898. Appeal allowed.

Michael D. Tochor, Q.C., and *Gregory Fingas*, for the appellant.

643; *Wilson c. Toronto (Metropolitan) Police Service*, [2001] O.J. No. 2434 (QL); *Gliniski c. McIver*, [1962] 1 All E.R. 696; *A c. State of New South Wales*, [2007] HCA 10, [2007] 3 L.R.C. 693; *Marley c. Mitchell* (1988), [2006] N.Z.A.R. 181; *Al's Steak House & Tavern Inc. c. Deloitte & Touche* (1999), 45 C.C.L.T. (2d) 98.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.
Jury Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. J-5, art. 3(5).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5.
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 3.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 108(10).
Proceedings against the Crown Act, R.S.S. 1978, ch. P-27, art. 5.

Doctrine citée

Archibald, Todd L. « The Widening Net of Liability for Police and Public Officials in the Investigation of Crimes », in Todd L. Archibald and Michael Cochrane, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2001*. Toronto : Carswell, 2002, 1.
 Clerk, John Frederic. *Clerk & Lindsell on Torts*, 19th ed. London : Sweet & Maxwell, 2006.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney : LBC Information Services, 1998.
 Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. Toronto : The Committee, 1993.
 Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 3rd ed. Toronto : Irwin Law, 2007.
 Pearson, John. « Proulx and Reasonable and Probable Cause to Prosecute » (2002), 46 C.R. (5th) 156.
 Sopinka, John. « Malicious Prosecution : Invasion of Charter Interests : Remedies : *Nelles v. Ontario* : R. v. *Jedynack* : R. v. *Simpson* » (1995), 74 *R. du B. can.* 366.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Vancise, Sherstobitoff et Lane), 2007 SKCA 57, 293 Sask. R. 187, 397 W.A.C. 187, 282 D.L.R. (4th) 1, [2007] 7 W.W.R. 577, 49 C.C.L.T. (3d) 194, [2007] S.J. No. 247 (QL), 2007 CarswellSask 237, qui a confirmé une décision du juge Baynton, 2003 SKQB 559, 244 Sask. R. 1, 234 D.L.R. (4th) 612, [2004] 9 W.W.R. 647, [2003] S.J. No. 830 (QL), 2003 CarswellSask 898. Pourvoi accueilli.

Michael D. Tochor, c.r., et *Gregory Fingas*, pour l'appellant.

Edward Holgate, for the respondents Estate of Dennis Kvello (by his personal representative, Diane Kvello), Diane Kvello, S.K.1, S.K.2, Pamela Sharpe, Estate of Marie Klassen (by her personal representative, Peter Dale Klassen), John Klassen, Myrna Klassen, Peter Dale Klassen and Anita Janine Klassen.

Richard Klassen, on his own behalf and on behalf of the respondent Kari Klassen.

Written submissions only by *Robert Frater* and *Christopher Mainella*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Written submissions only by *Michele Smith*, *Michael Fleishman* and *Jeremy Glick*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Sophie Cliche, *Lizann Demers* and *Rachel Boivin*, for the interveners the Attorney General of Quebec and the Director of Criminal and Penal Prosecutions of Quebec.

James A. Gumpert, Q.C., and *Mark Scott*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

John J. Walsh, Q.C., for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Eugene B. Szach, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Joyce DeWitt-Van Oosten and *Tara Callan*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *Jerome A. Tholl*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Written submissions only by *Goran Tomljanovic, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Paul J. J. Cavalluzzo and *Stephen J. Moreau*, for the intervener the Canadian Association of Crown Counsel.

Edward Holgate, pour les intimés Succession Dennis Kvello (représentée par Diane Kvello), Diane Kvello, S.K.1, S.K.2, Pamela Sharpe, Succession Marie Klassen (représentée par Peter Dale Klassen), John Klassen, Myrna Klassen, Peter Dale Klassen et Anita Janine Klassen.

Richard Klassen, pour son propre compte et pour le compte de l'intimée Kari Klassen.

Argumentation écrite seulement par *Robert Frater* et *Christopher Mainella*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Argumentation écrite seulement par *Michele Smith*, *Michael Fleishman* et *Jeremy Glick*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Sophie Cliche, *Lizann Demers* et *Rachel Boivin*, pour les intervenants le procureur général du Québec et le Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec.

James A. Gumpert, c.r., et *Mark Scott*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

John J. Walsh, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Eugene B. Szach, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Joyce DeWitt-Van Oosten et *Tara Callan*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Jerome A. Tholl*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Argumentation écrite seulement par *Goran Tomljanovic, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Paul J. J. Cavalluzzo et *Stephen J. Moreau*, pour l'intervenante l'Association canadienne des juristes de l'État.

Louis Sokolov and Colleen Bauman, for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Sean Dewart, for the intervener the Criminal Lawyers Association (Ontario).

Bradley E. Berg, Allison A. Thornton and Shashu M. Clacken, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

[1] The respondents were charged with about 70 counts of sexual assault against children in their care. The charges were ultimately resolved in their favour when, following their committal but before trial, the appellant, Crown Attorney Miazga, entered a stay of proceedings. The child complainants, upon whose testimony the prosecution was based, subsequently recanted their allegations. The respondents then commenced this action for malicious prosecution.

[2] There is no question that the respondents were the victims of a clear miscarriage of justice which undoubtedly had a devastating effect on their lives. Especially in the absence of an acquittal, it is often difficult for people wrongly accused of such crimes to fully regain their positions in society and free themselves from the stigma and trauma of those false allegations. The fact that we now know that the children's allegations of sexual abuse were false, however, does not provide the answer to whether the respondents' action in malicious prosecution against the Crown prosecutor can succeed.

[3] To succeed in an action for malicious prosecution, a plaintiff must prove that the prosecution was: (1) initiated by the defendant; (2) terminated in favour of the plaintiff; (3) undertaken without reasonable and probable cause; and (4) motivated

Louis Sokolov et Colleen Bauman, pour l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Sean Dewart, pour l'intervenante Criminal Lawyers Association (Ontario).

Bradley E. Berg, Allison A. Thornton et Shashu M. Clacken, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Vue d'ensemble

[1] Les intimés ont fait l'objet d'environ 70 chefs d'accusation d'agression sexuelle d'enfants dont ils avaient la charge. Le dénouement de l'affaire leur a été favorable, car après la citation à leur procès, mais avant le début de celui-ci, l'avocat de la Couronne, M. Miazga, appelant en l'espèce, a demandé l'arrêt des procédures. Les enfants plaignants, dont le témoignage constituait le fondement de la poursuite, sont subséquemment revenus sur leurs allégations. Les intimés ont ensuite intenté l'action pour poursuites abusives qui est à l'origine du présent pourvoi.

[2] Nul ne conteste que les intimés ont été victimes d'une erreur judiciaire manifeste qui a assurément eu des conséquences terribles sur leur vie. Il est souvent difficile aux personnes accusées à tort de tels crimes de réintégrer pleinement la société et d'échapper à la stigmatisation et au traumatisme découlant de ces fausses accusations, surtout lorsqu'il n'y a pas eu d'acquittal. Pour autant, même s'il est désormais établi que les enfants ont faussement prétendu avoir été agressés sexuellement, il reste à déterminer si l'action pour poursuites abusives intentée par les intimés peut être accueillie.

[3] Pour obtenir gain de cause dans une telle action, le demandeur doit établir que la poursuite criminelle (1) a été engagée par le défendeur, (2) qu'elle a débouché sur une décision favorable au demandeur, (3) qu'elle ne reposait sur aucun motif

by malice or a primary purpose other than that of carrying the law into effect.

[4] The four-part test for malicious prosecution is of long standing in the common law. It evolved in the 18th and 19th centuries at a time when prosecutions were conducted by private litigants and the Crown was wholly immune from civil liability. In *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, this Court held that the Attorney General and Crown prosecutors no longer enjoy absolute immunity from a suit for malicious prosecution and set out the requisite standard for Crown liability under the pre-existing four-part test. The present appeal asks the Court to provide further guidance on the absence of reasonable and probable cause and malice requirements, in light of the unique role played by Crown prosecutors in our modern system of public prosecutions.

[5] That Crown attorneys may be held liable in private law does not mean that well-established public law principles relating to Crown independence and prosecutorial discretion can be ignored in a civil action for malicious prosecution. The stringent threshold for Crown liability established by this Court in *Nelles*, and reiterated in *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9, made that clear, and the principles at play bear repeating here.

[6] It is readily apparent from its constituent elements that the tort of malicious prosecution targets the decision to initiate or continue with a criminal prosecution. When taken by a Crown prosecutor, this decision is one of the “core elements” of prosecutorial discretion, thus lying “beyond the legitimate reach of the court” under the constitutionally entrenched principle of independence: *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, at paras. 32 and 46. The principle of Crown independence means that decisions taken by a Crown attorney pursuant to his or her

raisonnable et probable et (4) qu’elle a été engagée dans une intention malveillante ou essentiellement à une autre fin que celle de l’application de la loi.

[4] Ce critère à quatre volets existe depuis longtemps en common law. Il s’est développé aux 18^e et 19^e siècles, à une époque où les poursuites criminelles étaient engagées par des personnes privées et où l’État jouissait d’une immunité totale contre la responsabilité civile. Dans l’arrêt *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, notre Cour a statué que l’immunité absolue du procureur général et du ministère public contre les actions pour poursuites abusives était chose du passé, et elle a défini la norme applicable à la responsabilité du ministère public en fonction du critère à quatre volets déjà existant. Dans le présent pourvoi, notre Cour est appelée à préciser les exigences que sont l’absence de motifs raisonnables et probables et l’intention malveillante, compte tenu du rôle unique que joue le procureur de la Couronne dans notre régime moderne de poursuites pénales publiques.

[5] Même si le procureur de la Couronne peut engager sa responsabilité en droit privé, dans une action civile pour poursuites abusives, on ne peut faire abstraction des principes de droit public reconnus que sont l’indépendance du ministère public et son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites pénales. La norme stricte établie par notre Cour en matière de responsabilité de la Couronne dans l’arrêt *Nelles* et confirmée dans l’arrêt *Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9, l’indique clairement, et les principes en jeu méritent d’être rappelés.

[6] D’emblée, il appert de ses éléments constitutifs que le délit civil de poursuites abusives vise la décision d’engager ou de continuer une poursuite criminelle. Prise par un procureur de la Couronne, cette décision constitue l’un des éléments essentiels du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, de sorte qu’elle « ne relève pas de la compétence légitime du tribunal » suivant le principe de l’indépendance du ministère public consacré par la Constitution : *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, par. 32 et 46. Ce principe fait en sorte que les décisions prises

prosecutorial discretion are generally immune from judicial review under principles of public law, subject only to the strict application of the doctrine of abuse of process.

[7] Just as immunity from judicial review is subject to the doctrine of abuse of process in public law, the Attorney General and Crown attorneys do not enjoy absolute immunity from a suit for malicious prosecution in private law. A person accused of a criminal offence enjoys a private right of action when a prosecutor acts maliciously in fraud of his or her prosecutorial duties with the result that the accused suffers damage. However, the civil tort of malicious prosecution is not an after-the-fact judicial review of a Crown's exercise of prosecutorial discretion. Under the strict standard established in *Nelles*, malicious prosecution will only be made out where there is proof that the prosecutor's conduct was fuelled by "an improper purpose or motive, a motive that involves an abuse or perversion of the system of criminal justice for ends it was not designed to serve" (*Nelles*, at p. 199). In other words, it is only when a Crown prosecutor *steps out of his or her role* as "minister of justice" that immunity is no longer justified.

[8] The high threshold for Crown liability was reiterated in *Proulx*, where the Court stressed that malice in the form of improper purpose is the key to proving malicious prosecution. In the context of a case against a Crown prosecutor, malice does not include recklessness, gross negligence or poor judgment. It is only where the conduct of the prosecutor constitutes an "abuse of prosecutorial power", or the perpetuation of a "fraud on the process of criminal justice" that malice can be said to exist (paras. 44-45). Having regard to the defendant prosecutor's mixed motives, the Court was satisfied that *Proulx* was one of those "highly exceptional" cases in which Crown immunity for prosecutorial misconduct should be lifted, and the defendant found liable for malicious prosecution.

par un procureur de la Couronne dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites échappent généralement au contrôle judiciaire, suivant les principes du droit public, sous la seule réserve de l'application stricte de la règle de l'abus de procédure.

[7] De même qu'en droit public, l'immunité contre le contrôle judiciaire disparaît en cas d'abus de procédure, en droit privé, l'immunité du procureur général et du ministère public contre les actions pour poursuites abusives n'est pas absolue. Lorsqu'un procureur de la Couronne agit avec malveillance au mépris des obligations découlant de sa charge, l'accusé qui en subit un préjudice dispose d'un recours au civil. Cependant, le délit civil de poursuites abusives ne donne pas lieu à un contrôle judiciaire rétrospectif de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Suivant la norme stricte formulée dans l'arrêt *Nelles*, il n'y a poursuite abusive que lorsque le poursuivant était animé par « un but ou [un] motif illégitime, motif qui constitue un abus ou une perversion du système de justice criminelle à des fins auxquelles il n'est pas destiné » (*Nelles*, p. 199). Autrement dit, ce n'est que lorsque le procureur de la Couronne *sort de son rôle* de « représentant de la justice » que l'immunité est levée.

[8] Dans l'arrêt *Proulx*, notre Cour a confirmé le caractère strict de la norme applicable à la responsabilité du ministère public et souligné que l'élément de la malveillance sous forme de but illégitime est la clé pour prouver le caractère abusif des poursuites. Dans le contexte d'un recours exercé contre un procureur de la Couronne, la malveillance ne s'entend pas de l'insouciance, de la négligence grave ou du manque de discernement. C'est seulement lorsque la conduite du poursuivant équivaut à un « usage illégitime du pouvoir de poursuivre » ou à une « fraude dans le processus de justice criminelle » qu'on peut conclure à la malveillance (par. 44-45). Dans l'arrêt *Proulx*, étant donné les motifs en partie irréguliers du poursuivant, notre Cour a conclu qu'il s'agissait d'un des cas « très exceptionnels » où il y avait lieu de lever l'immunité du ministère public et de conclure au caractère abusif des poursuites.

[9] The trial judge in this case held that there were no objectively reasonable grounds upon which Miazga could have believed that the respondents were probably guilty of the offences alleged against them. He held that Miazga could not have had a subjective belief in the existence of reasonable and probable cause because of the unbelievable nature of the children's allegations against the respondents. He concluded that the absence of reasonable and probable cause raised a presumption of malice which, in the circumstances of this case, was itself sufficient to ground a finding of malice. In the event he was wrong on this conclusion, the trial judge held that there were other "indications of malice" to support the conclusion that Miazga's prosecution of the respondents was animated by an improper purpose. He therefore found Miazga liable for malicious prosecution (2003 SKQB 559, 244 Sask. R. 1).

[10] The Saskatchewan Court of Appeal was unanimously of the view that the trial judge's "indications of malice" were based on erroneous assumptions, errors in law, or were unsupported by the evidence. However, Sherstobitoff J.A., Lane J.A. concurring, dismissed the appeal on the basis that the trial judge's finding that Miazga did not have a subjective belief in the probable guilt of the respondents was sufficient to support the conclusion that he was actuated by malice (2007 SKCA 57, 293 Sask. R. 187).

[11] Vancise J.A. disagreed with the majority's conclusion. In his view, the absence of reasonable and probable grounds alone could not constitute malice. In order to be malicious, a prosecution must be fuelled by an improper purpose, and no such improper purpose was identified in the pleadings or at trial; nor was an improper purpose found by the trial judge. Vancise J.A. concluded that there existed no evidence indicative of an intentional effort by Miazga to abuse or distort the Crown attorney's proper role within the criminal justice system. In addition, he concluded that the trial judge's finding that Miazga did not believe there were reasonable and probable grounds to initiate and continue the prosecution was based on a palpable and overriding error. Vancise J.A.

[9] Le juge de première instance a conclu à l'inexistence de motifs objectivement raisonnables ayant pu permettre à M. Miazga de croire que les intimés étaient probablement coupables des infractions alléguées. Il a estimé qu'en raison de l'in vraisemblance des allégations des enfants, M. Miazga n'avait pu croire subjectivement à l'existence de motifs raisonnables et probables. Selon lui, l'absence de motifs raisonnables et probables faisait naître une présomption qui, dans les circonstances de l'espèce, suffisait à établir la malveillance. Il a ajouté que s'il était dans l'erreur sur ce point, d'autres [TRADUCTION] « indices de malveillance » fondaient la conclusion qu'un but illégitime avait incité M. Miazga à traduire les intimés en justice. Il a donc tenu ce dernier responsable de poursuites abusives (2003 SKQB 559, 244 Sask. R. 1).

[10] La Cour d'appel de la Saskatchewan a conclu à l'unanimité que les [TRADUCTION] « indices de malveillance » retenus par le juge de première instance procédaient de postulats erronés ou d'erreurs de droit ou n'étaient pas étayés par la preuve. L'appel a cependant été rejeté, le juge Sherstobitoff, avec l'appui du juge Lane, estimant que la conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Miazga n'avait pas subjectivement cru à la culpabilité probable des intimés suffisait à fonder celle qu'il y avait eu malveillance de sa part (2007 SKCA 57, 293 Sask. R. 187).

[11] Le juge Vancise s'est dissocié de la conclusion des juges majoritaires. Selon lui, l'absence de motifs raisonnables et probables ne pouvait à elle seule constituer de la malveillance. Pour qu'une poursuite soit jugée abusive, elle devait être motivée par un but illégitime. Or, l'existence d'un tel but n'avait été alléguée ni dans les actes de procédure ni au procès, et le juge de première instance n'en avait relevé aucun. De l'avis du juge Vancise, la preuve n'établissait pas que M. Miazga s'était délibérément employé à abuser de sa fonction de procureur de la Couronne dans le système de justice pénale ou à la dénaturer. En outre, la conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Miazga ne croyait pas à l'existence de motifs raisonnables et probables d'engager ou de continuer

would have allowed the appeal and dismissed the action.

[12] I agree with Vancise J.A. that the trial judge's finding of liability is not supported by law or the evidence in this case. In particular, it is my view that there is no evidence to support a finding of malice or improper purpose. In light of the respondents' failure to prove malice, it is not necessary to determine whether there was a lack of reasonable and probable grounds to proceed at the time Miazga initiated the prosecution more than 18 years ago. Given that the children's allegations are now known to have been false, no useful purpose would be served by revisiting "the facts" as they appeared at that time.

[13] I would therefore allow the appeal and dismiss the action.

2. Facts

2.1 *The Allegations*

[14] In the spring of 1991, Miazga, a Crown prosecutor in Saskatchewan with 12 years' experience, was contacted by police officer Cpl. Brian Dueck about an ongoing sexual assault investigation. The case revolved around disclosures of sexual abuse made by three children, the R. siblings, against their foster parents, Anita and Dale Klassen, and members of the Klassens' extended family, who are the respondents in this appeal. The R. siblings also made allegations of abuse against their biological parents, R. and R. ("R. parents"), and their mother's boyfriend, D.W., who are not parties in the present appeal.

[15] The R. children told police that their alleged abusers had committed upon them, and had forced them to commit, various sexual acts. The allegations against each of the respondents by each of the R. children were virtually identical in nature. The children also detailed bizarre events including the mutilation and ritualistic killing of animals, dismemberment of babies and drinking of human

la poursuite reposait sur une erreur manifeste et dominante. Il était donc d'avis d'accueillir l'appel et de rejeter l'action.

[12] Je conviens avec le juge Vancise que la conclusion de responsabilité tirée en première instance n'est ni fondée en droit ni étayée par la preuve. Plus particulièrement, la preuve ne permet pas de conclure à l'intention malveillante ou à l'illicégitimité de la fin poursuivie. Les intimés n'ayant pas prouvé la malveillance, il n'est pas nécessaire de statuer sur l'existence de motifs raisonnables et probables d'engager les poursuites il y a plus de 18 ans. Puisqu'on sait maintenant que les allégations des enfants étaient fausses, il ne servirait à rien de réexaminer « les faits » tels qu'ils se présentaient alors.

[13] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter l'action.

2. Les faits

2.1 *Les allégations*

[14] Au printemps 1991, dans le cadre d'une enquête en cours sur des agressions sexuelles, l'agent de police Brian Dueck a communiqué avec M. Miazga, alors procureur de la Couronne de la Saskatchewan et comptant 12 années d'expérience. Trois enfants d'une même famille, les enfants R., prétendaient avoir été agressés sexuellement par leurs parents nourriciers, Anita et Dale Klassen, ainsi que par des membres de la famille élargie de ces derniers, les intimés en l'espèce. Les enfants R. ont formulé des allégations au même effet à l'égard de leurs parents biologiques, R. et R. (les « parents R. »), et de l'ami de cœur de leur mère, D.W., qui ne sont pas parties au présent pourvoi.

[15] Les enfants R. ont déclaré à la police que leurs supposés agresseurs s'étaient livrés à des actes sexuels sur eux et les avaient obligés à se livrer à divers actes sexuels. Les allégations de chacun des enfants à l'égard de chacun des intimés étaient essentiellement identiques. Les enfants ont également décrit des incidents bizarres, dont la mutilation et le sacrifice rituel d'animaux, le démembrement

blood. The respondents in this case were not implicated in the ritualistic allegations, which were made only in respect of the R. children's biological parents and D.W.

[16] Dueck asked Miazga for his opinion as to whether charges should be laid. Miazga reviewed the allegations and Dueck's file and ultimately advised that if he believed the R. children's allegations, Dueck should proceed with the laying of charges.

[17] By way of context, it is notable that the case against the respondents arose in the wake of the January 1988 amendments to the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, which eliminated the requirement for corroboration of unsworn evidence of children in order to obtain a conviction. There was also a prevailing and pervasive doctrine, now debunked but popular among child psychologists at the time, that "children don't lie" about abuse. As a result, many cases of past child abuse were coming to light in Canada, and some were given wide publicity.

[18] On July 6, 1991, Dueck swore an Information charging each of the respondents with one count of sexual assault against each of the three R. children. The respondents were arrested five days later and remanded in custody for six days. At their first court appearance on July 18, 1991, Miazga appeared for the Crown and consented to the release of all of the respondents.

[19] Also on July 6, 1991, Dueck swore an Information against the R. parents and D.W., charging them each with multiple counts of either sexual assault or gross indecency against the R. children.

2.2 *The Preliminary Hearings*

[20] The preliminary inquiry in the R. parents and D.W. case commenced on November 21, 1991.

de bébés et la consommation de sang humain, mais ces allégations ne visaient pas les intimés, seulement leurs parents biologiques et D.W.

[16] L'agent Dueck a demandé l'avis de M. Miazga quant à savoir s'il y avait lieu de porter des accusations. Après avoir pris connaissance des allégations et du dossier d'enquête, l'avocat lui a conseillé de déposer des accusations s'il ajoutait foi aux allégations des enfants R.

[17] Pour situer l'affaire dans son contexte, il importe de signaler qu'elle a pris naissance peu après la suppression, en janvier 1988, dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et dans la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, de l'exigence d'une corroboration pour qu'il puisse y avoir déclaration de culpabilité sur la foi du témoignage d'un enfant non assermenté. De plus, une idée très répandue, désormais réfutée, mais qui avait alors la faveur des psychologues pour enfants, voulait que « les enfants qui se disent victimes d'agressions sexuelles ne mentent pas ». De nombreux cas de sévices antérieurs infligés à des enfants étaient donc mis au jour au Canada, parfois avec grand retentissement.

[18] Le 6 juillet 1991, dans sa dénonciation sous serment, l'agent Dueck a accusé chacun des intimés d'avoir commis une agression sexuelle contre chacun des trois enfants R. Les intimés ont été arrêtés cinq jours plus tard et placés en détention pendant six jours. Lors de leur première comparution le 18 juillet 1991, M. Miazga représentait le ministre public et il a consenti à leur mise en liberté.

[19] Dans une autre dénonciation sous serment également datée du 6 juillet 1991, l'agent Dueck a accusé les parents R. et D.W., lesquels faisaient chacun l'objet de multiples chefs d'accusation d'agression sexuelle des enfants R. ou de grossière indécence à leur égard.

2.2 *L'enquête préliminaire*

[20] L'enquête préliminaire des parents R. et de D.W. s'est ouverte le 21 novembre 1991. Sur le

On the basis of the R. children's evidence, all three accused were committed for trial on all charges against them.

[21] It became apparent in the course of the preliminary inquiry that one of the R. children had lied to the court about keeping notes of the alleged abuse. At the conclusion of the preliminary inquiry, Miazga noted on the record that, in light of the frailties he perceived in the children's evidence, particularly in respect of their credibility, he was grappling with whether to proceed with the preliminary inquiry regarding the charges against the respondents.

[22] Miazga consulted with his superiors at Prosecutions Head Office, and was instructed to continue with the prosecution if he believed the essential aspects of the children's stories.

[23] The preliminary hearing in the case against the respondents commenced on December 2, 1991, with Miazga as co-counsel. All of the respondents were committed for trial based on the allegations of the R. siblings.

2.3 *The Stay of Proceedings*

[24] Miazga prosecuted the case against the R. parents and D.W. The R. children gave testimony and the judge convicted the three accused on several counts of sexual assault on December 18, 1992. In her reasons for judgment, the trial judge urged that the children not be made to endure another criminal proceeding.

[25] Taking the judge's comments under advisement, and based on his own view that the children's credibility was becoming increasingly uncertain, Miazga twice met with his Head Office to discuss the possibility of a plea bargain. He negotiated a plea bargain in which one of the accused, Peter Klassen Sr. (father of the respondent, Peter Dale Klassen), who is not a respondent in the present appeal, pled guilty to four charges of sexual assault. The charges against the respondents were stayed on February 10, 1993.

fondement des témoignages des enfants R., tous trois ont été cités à procès pour toutes les accusations portées contre eux.

[21] Il est devenu évident au fil de l'enquête préliminaire que l'un des enfants R. avait menti à la cour au sujet de la prise de notes sur les sévices allégués. À la fin de l'enquête préliminaire, M. Miazga a signalé à la cour que les faiblesses des témoignages des enfants, particulièrement sous l'angle de la crédibilité, lui faisaient se demander s'il convenait de mener à terme l'enquête préliminaire des intimés.

[22] Monsieur Miazga a consulté ses supérieurs de la Direction des poursuites pénales, qui lui ont dit de maintenir le cap s'il ajoutait foi pour l'essentiel aux allégations des enfants.

[23] L'enquête préliminaire des intimés a commencé le 2 décembre 1991. Monsieur Miazga était l'un des avocats représentant la Couronne. Tous les intimés ont été cités à procès sur le fondement des allégations des enfants R.

2.3 *L'arrêt des procédures*

[24] Monsieur Miazga était le procureur de la Couronne au procès des parents R. et de D.W. Les enfants R. ont témoigné et, le 18 décembre 1992, les trois accusés ont été déclarés coupables de plusieurs chefs d'agression sexuelle. Dans ses motifs, la juge du procès a instamment recommandé que les enfants n'aient pas à participer à une autre instance criminelle.

[25] Au vu de cette mise en garde de la juge et de ses propres doutes concernant la crédibilité des enfants, M. Miazga a rencontré deux fois ses supérieurs de la Direction des poursuites pénales pour discuter de la possibilité de négocier des plaidoyers. À l'issue de la démarche entreprise en ce sens, l'un des accusés, qui n'est pas intimé en l'espèce, Peter Klassen père (le père de l'intimé Peter Dale Klassen), a reconnu sa culpabilité à l'égard de quatre accusations d'agression sexuelle. L'arrêt des procédures a été ordonné le 10 février 1993 vis-à-vis des intimés.

[26] The convictions entered at trial against the R. parents and D.W. were upheld by a majority of the Saskatchewan Court of Appeal, *R. v. R. (D.)* (1995), 98 C.C.C. (3d) 353. This Court overturned those convictions, [1996] 2 S.C.R. 291; however, the majority of the Court concluded that the evidence of the R. siblings was sufficient to order new trials for two of the defendants.

2.4 *The Malicious Prosecution Suit*

[27] Some years following the stay of proceedings, all three R. children recanted their allegations against the respondents.

[28] The respondents commenced a civil suit against a number of individuals involved in the proceedings against them: the police officer Dueck, the prosecutor Miazga, his co-counsel, the estate of Miazga's superior at Prosecutions Head Office, and the child therapist who treated the children and testified in the criminal proceedings against the respondents. The action against Miazga's co-counsel and the estate of his superior were nonsuited at trial. Dueck, Miazga and the child therapist were found liable.

[29] Dueck did not appeal the trial judgment. The judgment against the child therapist was set aside on appeal. The Court of Appeal found the trial judge's conclusion that, but for the involvement of the child therapist the charges would not have been laid and, if laid, would not have been prosecuted, was "simply not supported by the evidence" and indeed was contrary to the entire body of evidence bearing on her participation in the investigation of the alleged offences (para. 42). The court held further that even if the trial judge's findings of fact were correct, they were not sufficient in law to make the child therapist liable for initiation of the proceedings. No appeal is taken from the dismissal of the action against the child therapist. It is only the action against Crown prosecutor Miazga that concerns the Court in the present appeal.

[26] Les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Saskatchewan ont confirmé les déclarations de culpabilité des parents R. et de D.W. (*R. c. R. (D.)* (1995), 98 C.C.C. (3d) 353). Notre Cour a écarté ces déclarations de culpabilité ([1996] 2 R.C.S. 291), mais ses juges majoritaires ont conclu que le témoignage des enfants R. était suffisant pour ordonner la tenue de nouveaux procès dans le cas de deux des défendeurs.

2.4 *L'action pour poursuites abusives*

[27] Quelques années après l'arrêt des procédures, les trois enfants R. sont revenus sur leurs allégations contre les intimés.

[28] Ces derniers ont poursuivi au civil un certain nombre de personnes ayant joué un rôle dans la procédure criminelle engagée contre eux : l'agent de police Dueck, le procureur de la Couronne, M. Miazga, sa collègue, les ayants droit du supérieur de M. Miazga à la Direction des poursuites pénales et la thérapeute qui s'était occupée des enfants et avait témoigné au pénal contre les intimés. L'action contre la collègue de M. Miazga et les ayants droit du supérieur de ce dernier a été jugée irrecevable au procès. Messieurs Dueck et Miazga et la thérapeute pour enfants ont été tenus responsables.

[29] Monsieur Dueck n'a pas interjeté appel. La Cour d'appel a infirmé le jugement à l'égard de la thérapeute pour enfants, estimant que la conclusion du juge de première instance selon laquelle, sans le concours de l'intéressée, les accusations n'auraient pas été déposées ou, si elles l'avaient été, le ministère public n'y aurait pas donné suite, n'était [TRADUCTION] « tout simplement pas étayée par la preuve » et allait même à l'encontre de l'ensemble de la preuve concernant sa participation à l'enquête sur les infractions alléguées (par. 42). Elle a en outre statué que même si elles étaient correctes, les conclusions de fait tirées en première instance n'étaient pas suffisantes en droit pour tenir la thérapeute responsable de la poursuite criminelle. Le rejet de l'action contre la thérapeute par la Cour d'appel n'est pas en cause dans le présent pourvoi, qui ne vise que l'action intentée contre M. Miazga en qualité de procureur de la Couronne.

3. The Action Against Miazga: Judgments Below

3.1 *Court of Queen's Bench of Saskatchewan*

[30] At trial, Miazga did not take issue with the fact that he had initiated the proceedings against the respondents within the meaning of the case law under the first element of the four-part test for malicious prosecution. While there was some issue in respect of the second element of the tort in light of the plea bargain with Peter Klassen Sr. (not a party to this action), the trial judge held that the proceedings had terminated in favour of the respondents. No issue is taken on this point before this Court. The trial judge found that the third and fourth elements of the tort were satisfied based on his conclusions that Miazga did not have reasonable and probable grounds to proceed against the respondents and had acted maliciously in doing so. The judge's findings on these latter two elements of the tort remain at issue.

[31] As noted by the Court of Appeal (at para. 68), it is clear that the trial judge "identified the credibility of the R. children and their allegations as 'the most critical issue of the case'". It is also apparent that the trial judge's conclusion on liability was based on his view that the children's allegations were so unbelievable as to be patently absurd, such that no reasonable person would have believed the accusations against the respondents without corroborating evidence. The trial judge pointed to the ritualistic and satanic aspects of the allegations, the rote manner in which the children recalled the abuse, and the fact that, if the children's stories were accepted, 12 individual adults, many with young children of their own, were routinely abusing the R. children in the same fashion in different houses, while other adults were present. The trial judge concluded that in light of the nature of the complaints, and given that the children were known to be untruthful, the allegations against the respondents were virtually unbelievable.

3. L'action contre M. Miazga : Jugements des tribunaux inférieurs

3.1 *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan*

[30] Au procès, M. Miazga n'a pas nié avoir engagé la poursuite contre les intimés, comme l'exige le premier volet du critère jurisprudentiel permettant de conclure au caractère abusif de poursuites. Même si le respect du deuxième volet était discutable parce qu'il y avait eu négociation de plaidoyer avec M. Peter Klassen père (qui n'est pas partie à la présente instance), le juge de première instance a déterminé que la poursuite avait débouché sur une décision favorable aux intimés. Cette conclusion n'est pas contestée dans le présent pourvoi. Le juge de première instance a conclu que les troisième et quatrième éléments constitutifs du délit étaient réunis car, selon lui, M. Miazga n'avait pas eu de motifs raisonnables et probables de traduire les intimés en justice et il avait fait preuve de malveillance en allant de l'avant. Ce sont ses conclusions sur ces deux derniers éléments du délit qui sont contestées devant nous.

[31] Comme le signale la Cour d'appel (au par. 68), le juge de première instance voit clairement dans [TRADUCTION] « la crédibilité des enfants R. et de leurs allégations "l'élément décisif de l'affaire" ». Aussi, sa conclusion sur la responsabilité tient de toute évidence à son opinion que les faits allégués par les enfants sont invraisemblables au point d'être manifestement absurdes, de sorte que, sans corroboration, aucune personne raisonnable n'aurait conclu à la culpabilité des intimés. Le juge relève le caractère rituel et satanique des actes allégués, la façon mécanique dont les enfants ont relaté les agressions et le fait que, si on ajoutait foi aux allégations, 12 adultes, dont un grand nombre avaient eux-mêmes de jeunes enfants, leur auraient infligé régulièrement les mêmes sévices dans différentes maisons en présence d'autres adultes. Vu la nature des actes reprochés et le fait qu'on savait les enfants enclins à mentir, il était pratiquement impossible de croire à la véracité des allégations formulées contre les intimés.

[32] On the third element of the test for malicious prosecution, the trial judge concluded that Miazga did not have a subjective belief in the probable guilt of each of the respondents respecting the offences charged against them. He noted (at para. 357) that “not one of the defendants ever said that he or she had an honest belief in the probable guilt of the plaintiffs”, testifying only that they “believed the children”. Even if Miazga had testified that he believed in the probable guilt of each of the respondents on each of the charges, the trial judge held that he could not have accepted such evidence as truthful because there were no objectively reasonable grounds upon which Miazga could have concluded the respondents were probably guilty of the crimes alleged, given the unbelievable nature of the R. children’s allegations.

[33] On the final element of the tort, the trial judge held that Miazga acted maliciously in prosecuting the respondents. He found (at para. 381) that, given the “extraordinary” circumstances of this case, Miazga’s decision to proceed against the respondents without reasonable and probable grounds constituted a strong presumption of malice or at least amounted to a “strong indication of malice” (para. 382). Further, the trial judge held that there were “many other strong indications of malice” in addition to absence of reasonable and probable grounds that could be inferred from Miazga’s conduct (para. 382). The trial judge attributed malice to Miazga on the basis of each of the following facts:

A. Pre-charge Advice to Dueck

- Miazga’s failure to interview the children or view the videotapes of their interviews with police before advising Dueck that he should lay charges if he believed the children (para. 141);
- Miazga’s failure to be even-handed in his zeal to charge and prosecute the alleged abusers

[32] En ce qui concerne le troisième volet du critère applicable aux poursuites abusives, le juge du procès conclut que M. Miazga ne croyait pas subjectivement à la culpabilité probable de chacun des intimés à l’égard des infractions qui leur étaient reprochées. Il signale (au par. 357) que [TRADUCTION] « les défendeurs n’ont jamais affirmé avoir sincèrement cru à la culpabilité probable des demandeurs », mais seulement qu’ils [TRADUCTION] « croyaient les enfants ». Il ajoute que même si M. Miazga avait témoigné qu’il avait cru à la culpabilité probable de chacun des intimés pour chacune des accusations, il n’aurait pas tenu son témoignage pour véridique, car vu l’in vraisemblance des allégations des enfants R., aucun motif objectivement raisonnable n’aurait pu permettre à M. Miazga de conclure que les intimés étaient probablement coupables des crimes allégués.

[33] Pour ce qui est du dernier élément du délit, le juge du procès estime que M. Miazga a fait preuve de malveillance en engageant les poursuites contre les intimés. Il conclut (au par. 381) qu’en raison des circonstances [TRADUCTION] « extraordinaires » de l’affaire, la décision d’aller de l’avant malgré l’absence de motifs raisonnables et probables de le faire fait naître une forte présomption de malveillance ou constitue à tout le moins [TRADUCTION] « un bon indice de malveillance » (par. 382). Il conclut aussi que la conduite de M. Miazga recelait [TRADUCTION] « de nombreux autres bons indices de malveillance » qui s’ajoutaient à l’absence de motifs raisonnables et probables (par. 382). Selon lui, la malveillance de M. Miazga pouvait être inférée de chacun des faits suivants :

A. Conseils à l’agent Dueck avant le dépôt des accusations

- l’omission de M. Miazga de rencontrer les enfants ou de visionner les enregistrements vidéo de leurs entretiens avec les policiers avant de recommander à l’agent Dueck de déposer des accusations s’il ajoutait foi aux allégations des enfants (par. 141);
- le manque d’équité dans l’empressement à accuser et à poursuivre les supposés agresseurs, car

because persons other than the parents of the R. children and the respondents were named in the children's allegations but were not charged (para. 390); and

- Miazga's general failure to adequately investigate or objectively assess the case before advising Dueck (paras. 141, 287, 294 and 384).

B. Conduct During the Criminal Proceedings

- The particulars of the respondents' arrest, the decision to remand them in custody for six days and the conditions under which they were held (para. 176);
- Miazga's use of expert witnesses as "oath helpers", who gave evidence that the R. children were dysfunctional and had been sexually abused, and as a result, would be expected to have inconsistencies in their allegations and testimony (paras. 271-72);
- Miazga's attempts to "shelter" the children throughout the proceedings by objecting to the defence lawyer sitting as an observer at the preliminary inquiry into the charges against the R. parents and D.W., objecting to the cross-examination of the children on their videotaped interviews and previous statements, and his questioning of the expert witnesses (paras. 412-16); and
- Miazga's approach, conduct and attitude throughout the trial, which led the trial judge to infer that he was determined to secure committals or convictions no matter how unreliable the witnesses were (para. 418).

C. Miazga's Evidence at Trial

- Miazga's failure to apologize or express remorse for the prosecution, and his lack of concern about the effect of the prosecution on the respondents or on public confidence in the justice system (paras. 404-6).

d'autres personnes que les parents des enfants R. et les intimés visées par les allégations des enfants n'avaient pas été accusées (par. 390);

- l'omission générale d'analyser convenablement le dossier ou d'apprécier objectivement les faits avant de conseiller l'agent Dueck (par. 141, 287, 294 et 384).

B. Comportement pendant l'instance criminelle

- les circonstances de l'arrestation des intimés, la décision de les placer en détention pendant six jours et les conditions de leur détention (par. 176);
- le recours à des experts à titre de « témoins justificateurs », qui ont déclaré que les enfants R. étaient dysfonctionnels, qu'ils avaient été victimes d'agression sexuelle et qu'il fallait donc s'attendre à ce que leurs allégations et leurs témoignages présentent des contradictions (par. 271-272);
- les tentatives de « protéger » les enfants tout au long de l'instance en s'opposant à ce que l'avocat de la défense assiste à titre d'observateur à l'enquête préliminaire relative aux accusations portées contre les parents R. et D.W. et à ce que les enfants soient contre-interrogés sur leurs entretiens enregistrés et sur leurs déclarations antérieures, et la façon d'interroger les témoins experts (par. 412-416);
- la démarche, le comportement et l'attitude tout au long de l'instance, qui ont amené le juge du procès à conclure que le procureur de la Couronne était déterminé à obtenir des citations à procès ou des déclarations de culpabilité sans égard à la fiabilité des témoins (par. 418).

C. Témoignage de M. Miazga au procès civil

- l'omission de présenter des excuses ou d'exprimer des regrets et l'indifférence à l'égard des répercussions des poursuites sur les intimés ou sur la confiance du public dans le système de justice (par. 404-406).

3.2 Court of Appeal for Saskatchewan

[34] Although divided in the outcome, the Court of Appeal was unanimous in concluding that the trial judge had erred in attributing malice to Miazga on the basis of the facts he deemed “other strong indications of malice”, as described above. The court found that the trial judge’s conclusions in this regard were based on erroneous assumptions about the role of the prosecutor, errors in law, or were unsupported by the evidence. The gist of the court’s reasoning is as follows.

[35] In respect of Miazga’s pre-charge actions, Sherstobitoff J.A., writing for himself and Lane J.A., concluded that the trial judge erred in attributing malice to Miazga for any failure to properly investigate the matter. He recalled the separate functions of police and prosecutors (at paras. 104-14), noting that police ultimately bear sole responsibility for the investigation of an offence and the decision as to whether and what charges should be laid. Save Miazga’s failure to interview the children himself before giving Dueck advice to proceed if he believed the children’s allegations which, in the majority’s view, was properly taken into account (at paras. 115-16), the pre-charge conduct of the investigation had no bearing on the case against Miazga. Vancise J.A. agreed that “the trial judge demonstrated a lack of understanding of the role of the police and the role of the prosecutor” (para. 212).

[36] Regarding Miazga’s conduct during the criminal proceedings, Sherstobitoff J.A. found (at para. 121) that the trial judge erred in attributing malice to Miazga on the basis of the respondents’ remand in custody at the time of their arrest, because there was no evidence that Miazga had anything to do with the nature and circumstances of the arrest. In fact, the evidence showed that Miazga’s first involvement in the matter was to consent to the respondents’ release at the show cause hearing. As to Miazga’s conduct of the trial, including his allegedly over-protective position on behalf of the

3.2 Cour d’appel de la Saskatchewan

[34] La Cour d’appel est partagée sur l’issue de l’appel, mais tous ses juges sont d’avis que le juge de première instance a eu tort de conclure à la malveillance de M. Miazga sur le fondement de ce qu’il considérait comme d’« autres bons indices de malveillance ». Selon elle, les conclusions du juge sur ce point reposaient sur des postulats erronés concernant le rôle du poursuivant et sur des erreurs de droit ou elles n’étaient pas étayées par la preuve. Voici l’essentiel de son raisonnement.

[35] S’agissant des actes de M. Miazga avant le dépôt des accusations, le juge Sherstobitoff, avec l’appui du juge Lane, conclut que le juge de première instance a imputé à la malveillance de M. Miazga l’omission de considérer convenablement l’affaire. Il rappelle la distinction entre le rôle de la police et celui du ministère public (aux par. 104-114) et signale qu’au bout du compte, la tâche d’enquêter sur une infraction, celle de porter ou non des accusations et celle de décider des chefs d’accusation incombent uniquement aux policiers. Hormis l’omission de rencontrer lui-même les enfants avant de recommander à l’agent Dueck d’aller de l’avant s’il ajoutait foi à leurs allégations — dont la prise en compte a été tenue pour légitime par les juges majoritaires (par. 115-116) —, le déroulement de l’enquête avant le dépôt des accusations n’était pas pertinent. Le juge Vancise convient que [TRADUCTION] « le juge de première instance n’a pas bien compris les rôles respectifs de la police et du ministère public » (par. 212).

[36] En ce qui concerne le comportement pendant l’instance criminelle, le juge Sherstobitoff estime (au par. 121) que le juge de première instance a conclu à tort que l’envoi en détention des intimés après leur arrestation constituait de la malveillance de la part de M. Miazga, car aucun élément de preuve n’indiquait que ce dernier avait eu quoi que ce soit à voir avec la nature et les circonstances de l’arrestation. De fait, selon la preuve, le premier geste de M. Miazga avait été de consentir à la mise en liberté des intimés à l’audience de justification. Pour ce qui est de sa conduite au procès,

children and his handling of the expert witnesses, the court held that, even if one agreed with the trial judge that Miazga was unduly aggressive, the presiding judge retained control of the proceedings (Vancise J.A., at para. 237), and in any event, any such misconduct by a Crown prosecutor would be equally consistent with poor judgment, negligence or recklessness as with malice (Sherstobitoff J.A., at para. 130).

[37] Finally, the court held (at paras. 127 and 242) that it was not open to the trial judge to infer lack of remorse and thus malice from Miazga's failure to apologize for the prosecution of the respondents, because there was simply nothing on the record regarding the presence or absence of remorse. Miazga was never asked about his feelings on the prosecution during the course of the trial.

[38] In summary, the Court of Appeal unanimously rejected virtually all of the trial judge's "indicators of malice". As Sherstobitoff J.A. noted, the trial judge failed to explain why he considered these actions to be signs of malice, given that most of them were equivocal in indicating Miazga's intentions, and could be consistent with poor judgment, negligence or recklessness, none of which are actionable.

[39] Nevertheless, the majority concluded that the appeal should be dismissed. According to Sherstobitoff J.A., the trial judge's finding that Miazga did not have a subjective belief in the probable guilt of the respondents was a finding of fact that "tips the balance" against Miazga (para. 132). Sherstobitoff J.A. concluded (at para. 135) that this finding was reasonable, having regard to the whole of the evidence and "the trial judge's firm opinion, which permeates the entire judgment", that it should have been apparent to anyone that the R. children's allegations were so bizarre as to be unbelievable, and that the children were not sufficiently

y compris l'attitude surprotectrice qu'il aurait eue à l'égard des enfants et son comportement vis-à-vis des témoins experts, la Cour d'appel estime que même si l'on convient avec le juge de première instance que M. Miazga était indûment combatif, le juge du procès est demeuré maître de l'instance (le juge Vancise, par. 237). De toute manière, une inconduite de cette nature pouvait tout aussi bien être imputée au manque de discernement du procureur de la Couronne, à sa négligence ou à son insouciance (le juge Sherstobitoff, par. 130).

[37] Enfin, la Cour d'appel statue (aux par. 127 et 242) que le juge de première instance ne pouvait inférer de l'omission de M. Miazga de présenter des excuses que ce dernier n'avait pas de regrets et qu'il avait donc été animé par une intention malveillante, car aucun élément de preuve se rapportant à la présence ou à l'absence de regrets ne figurait au dossier. Jamais au cours du procès M. Miazga n'a été interrogé sur ce qu'il éprouvait à l'égard des poursuites intentées contre les intimés.

[38] En résumé, tous les juges de la Cour d'appel écartent la quasi-totalité des [TRADUCTION] « indices de malveillance » retenus par le juge de première instance. Comme l'indique le juge Sherstobitoff, le juge de première instance n'a pas expliqué en quoi ces actes lui paraissaient empreints de malveillance, puisque la plupart d'entre eux étaient équivoques quant à l'intention de M. Miazga et pouvaient traduire un manque de discernement, de la négligence ou de l'insouciance, lesquels ne confèrent pas de droit d'action.

[39] Toutefois, les juges majoritaires rejettent l'appel. Selon le juge Sherstobitoff, la conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Miazga ne croyait pas subjectivement à la culpabilité probable des intimés constitue une conclusion de fait qui [TRADUCTION] « fait pencher la balance » contre ce dernier (par. 132). Elle pouvait raisonnablement être tirée (au par. 135) au vu de l'ensemble de la preuve et de [TRADUCTION] « la ferme opinion du juge de première instance, qui ressort de tout le jugement », voulant que n'importe qui aurait trouvé les allégations des enfants R. bizarres au point d'être invraisemblables et la crédibilité des enfants

credible. The majority held that Miazga's decision to proceed absent reasonable and probable grounds was itself sufficient to make out the malice element of *Nelles*, explaining as follows (at para. 141):

For a Crown prosecutor to proceed with a prosecution without a belief in the credibility of his complainants, and without a belief in the guilt of the accused amounts to the “willful and intentional effort on the Crown’s part to abuse or distort its proper role within the criminal justice system” as referred to in *Proulx* . . . and takes the case beyond bad judgment, negligence or recklessness and into the realm of malice.

[40] Vancise J.A., writing in dissent, disagreed. He held (at para. 246) that the key to the tort of malicious prosecution is malice, defined in *Nelles* and *Proulx* as “conduct fueled by an ‘improper purpose’”. In his view, the absence of reasonable and probable grounds alone could not constitute malice in the form of improper purpose. No improper purpose was identified in the pleadings and, significantly, the trial judge made no express finding of a specific improper purpose attributable to Miazga (para. 170). As a result, Vancise J.A. concluded that there existed no evidence indicative of an intentional effort by Miazga to abuse or distort the Crown attorney’s proper role within the criminal justice system (para. 245). All of the so-called indications of malice which the trial judge attributed to Miazga “were not evidence of some improper purpose but rather indications of at best bad judgment, negligence or recklessness” (para. 247).

[41] In light of this conclusion, it was not necessary for Vancise J.A. to deal with the issue of reasonable and probable grounds. He nevertheless concluded that the trial judge’s finding that Miazga did not have an honest belief in the existence of reasonable and probable grounds was based on the unbelievable nature of the R. children’s allegations and, as such, amounted to a palpable and overriding error. Vancise J.A. held that Dueck’s belief in the children and the antecedent criminal proceedings

insuffisante. Les juges majoritaires concluent que la décision de M. Miazga d’aller de l’avant malgré l’absence de motifs raisonnables et probables suffisait en soi à établir la malveillance conformément à l’arrêt *Nelles*. Ils expliquent (par. 141) :

[TRADUCTION] Une poursuite engagée sans que le procureur de la Couronne n’ajoute foi aux allégations des plaignants ou ne croie à la culpabilité des accusés équivaut à « un effort délibéré de la part du ministère public pour abuser de son propre rôle ou de le dénaturer dans le cadre du système de justice pénale » au sens de l’arrêt *Proulx* [. . .] et va au-delà du manque de discernement, de la négligence ou de l’insouciance pour devenir de la malveillance.

[40] Dissident, le juge Vancise conclut que l’élément fondamental du délit de poursuites abusives est la malveillance, que les arrêts *Nelles* et *Proulx* définissent comme une [TRADUCTION] « conduite motivée par un “but illégitime” » (par. 246). À son avis, l’absence de motifs raisonnables et probables ne peut à elle seule constituer de la malveillance revêtant la forme d’un but illégitime. Les actes de procédure ne font état d’aucun but illégitime et, surtout, le juge de première instance ne tire aucune conclusion expresse quant à la motivation de M. Miazga par un but illégitime précis (par. 170). Le juge Vancise estime donc qu’aucun élément ne tendait à prouver un effort délibéré de la part de M. Miazga pour abuser de son propre rôle ou le dénaturer dans le cadre du système de justice pénale (par. 245). Tous les prétendus indices de malveillance relevés en première instance [TRADUCTION] « ne démontraient pas l’existence d’un but illégitime, mais indiquaient tout au plus un manque de discernement, de la négligence ou de l’insouciance » (par. 247).

[41] Cette conclusion dispense le juge Vancise d’examiner la question des motifs raisonnables et probables. Il exprime néanmoins l’avis que la conclusion selon laquelle M. Miazga ne croyait pas sincèrement à l’existence de tels motifs reposait sur l’invraisemblance des allégations des enfants R. et qu’elle constituait de ce fait une erreur manifeste et dominante. Selon lui, le fait que l’agent Dueck avait cru les enfants et la crédibilité accordée au témoignage des enfants R. dans le cadre des poursuites

against the R. parents and D.W., where the testimony of the R. children was accepted as credible, belied the trial judge's premise that the allegations were so absurd as to be totally unbelievable.

4. Analysis

4.1 *Historical Development of the Tort of Malicious Prosecution*

[42] Malicious prosecution is an intentional tort designed to provide redress for losses flowing from an unjustified prosecution. The four-part test for malicious prosecution was born and evolved in England in the 18th and 19th centuries at a time when prosecutions were conducted by private litigants and the Crown was immune from civil liability. Indeed, all of the early English and Canadian cases of malicious prosecution involved disputes between private litigants: see, e.g., *Heath v. Heape* (1856), 1 H. & N. 478 (Ex.), 156 E.R. 1289; *Hicks v. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167; *Abrath v. North Eastern Railway Co.* (1886), 11 App. Cas. 247 (H.L.); *Joint v. Thompson* (1867), 26 U.C.Q.B. 519; *Prentiss v. Anderson Logging Co.* (1911), 16 B.C.R. 289 (C.A.); *Jewhurst v. United Cigar Stores Ltd.* (1919), 49 D.L.R. 649 (Ont. S.C., App. Div.); *Gabler v. Cymbaliski* (1922), 15 Sask. L.R. 457 (K.B.); *Love v. Denny* (1929), 64 O.L.R. 290 (S.C., App. Div.).

[43] Crown immunity at common law endured until the 1950s, when Canadian governments began adopting Crown liability legislation: see, e.g., the federal *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 3; and Saskatchewan's *Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1978, c. P-27, s. 5. This body of statute law sparked divergent lines of judicial authority on the question of whether the absolute immunity from civil liability historically afforded Crown prosecutors should continue. This Court in *Nelles* decided the debate in favour of extending the tort of malicious prosecution to Crown prosecutors. However, as Vancise J.A. aptly noted in the court below, the policy reasons underlying the historical immunity enjoyed by Crown prosecutors "justified an extremely high

criminelles dont les parents R. et D.W. avaient auparavant fait l'objet démentaient le postulat du juge selon lequel les allégations étaient absurdes au point d'être totalement invraisemblables.

4. Analyse

4.1 *Évolution historique du délit de poursuites abusives*

[42] La création du délit de poursuites abusives — un délit de nature intentionnelle — visait à permettre l'indemnisation du préjudice causé par une poursuite injustifiée. Le critère à quatre volets qui s'y applique a vu le jour et s'est développé en Angleterre aux 18^e et 19^e siècles, à une époque où les poursuites pénales étaient le fait de particuliers et où la Couronne échappait à toute responsabilité civile. De fait, en Angleterre et au Canada, les premières décisions en matière de poursuites abusives ont toutes été rendues dans des affaires opposant des personnes privées : voir, p. ex., *Heath c. Heape* (1856), 1 H. & N. 478 (Ex.), 156 E.R. 1289; *Hicks c. Faulkner* (1878), 8 Q.B.D. 167; *Abrath c. North Eastern Railway Co.* (1886), 11 App. Cas. 247 (H.L.); *Joint c. Thompson* (1867), 26 U.C.Q.B. 519; *Prentiss c. Anderson Logging Co.* (1911), 16 B.C.R. 289 (C.A.); *Jewhurst c. United Cigar Stores Ltd.* (1919), 49 D.L.R. 649 (C.S. Ont., Div. app.); *Gabler c. Cymbaliski* (1922), 15 Sask. L.R. 457 (B.R.); *Love c. Denny* (1929), 64 O.L.R. 290 (C.S., Div. app.).

[43] Dans les ressorts de common law, le principe de l'immunité s'est appliqué jusque dans les années 1950, les divers gouvernements canadiens commençant alors à légiférer sur la responsabilité de l'État : voir, p. ex., la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 3, et la *Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1978, ch. P-27, art. 5. Ces textes législatifs ont donné lieu à un débat jurisprudentiel quant à savoir s'il fallait continuer de reconnaître au ministère public l'immunité absolue contre la responsabilité civile dont il avait joui jusqu'alors. Dans l'arrêt *Nelles*, notre Cour a statué qu'un procureur de la Couronne pouvait être tenu responsable de poursuites abusives. Toutefois, comme le fait remarquer à juste titre le juge Vancise, les raisons de principe

threshold to succeed in an action for malicious prosecution” (para. 184).

[44] Given that the tort of malicious prosecution predates the development of our contemporary system of public prosecutions, courts must take care not to simply transpose the principles established in suits between private parties to cases involving Crown defendants without necessary modification. While the elements of the four-part test for malicious prosecution are identical no matter the parties, the contours of the tort in an action against the Attorney General or his agents must be informed by the core constitutional principles governing that office. These principles animated this Court’s decision in *Nelles* to adopt a very high threshold for the tort of malicious prosecution in an action against a public prosecutor, and, accordingly, it is useful to recall them here.

4.2 *Crown Independence and the Tort of Malicious Prosecution*

[45] An allegation of malicious prosecution against a Crown attorney constitutes an after-the-fact attack on the propriety of the prosecutor’s decision to initiate or continue criminal proceedings against the plaintiff. The decision to initiate or continue criminal proceedings lies at the core of prosecutorial discretion, the nature and contents of which were described by this Court in *Krieger* as follows (at paras. 43 and 46-47):

“Prosecutorial discretion” is a term of art. It does not simply refer to any discretionary decision made by a Crown prosecutor. Prosecutorial discretion refers to the use of those powers that constitute the core of the Attorney General’s office and which are protected from the influence of improper political and other vitiating factors by the principle of independence.

fondant l’immunité dont avait historiquement bénéficié le procureur de la Couronne [TRADUCTION] « justifiaient de n’accueillir une action pour poursuites abusives que si elle satisfaisait à un critère extrêmement strict » (par. 184).

[44] Étant donné que le délit de poursuites abusives est antérieur à notre système actuel de poursuites pénales publiques, les tribunaux doivent se garder de simplement appliquer les principes issus d’affaires opposant des personnes privées aux litiges dans lesquels le ministère public est partie défenderesse, sans faire les adaptations nécessaires. Bien que les quatre volets du critère permettant de conclure au caractère abusif de poursuites demeurent les mêmes quelles que soient les parties en présence, la définition du délit dans une action intentée contre le procureur général ou un substitut doit prendre en compte les principes constitutionnels fondamentaux régissant cette charge. Dans l’affaire *Nelles*, la décision de notre Cour d’appliquer une norme très stricte dans une action pour poursuites abusives intentée contre le ministère public procède de ces principes, et c’est pourquoi je les rappelle ci-après.

4.2 *Indépendance du ministère public et délit de poursuites abusives*

[45] La personne qui intente contre un procureur de la Couronne une action pour poursuite abusive conteste après coup le bien-fondé de sa décision d’engager ou de continuer une poursuite criminelle contre elle. Or, cette décision est au cœur du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, dont notre Cour précise la nature et les éléments dans l’arrêt *Krieger* (par. 43 et 46-47) :

L’expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » est une expression technique. Elle ne désigne pas simplement la décision discrétionnaire d’un procureur du ministère public, mais vise l’exercice des pouvoirs qui sont au cœur de la charge de procureur général et que le principe de l’indépendance protège contre l’influence de considérations politiques inappropriées et d’autres vices.

Without being exhaustive, we believe the core elements of prosecutorial discretion encompass the following: (a) the discretion whether to bring the prosecution of a charge laid by police; (b) the discretion to enter a stay of proceedings in either a private or public prosecution, as codified in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 579 and 579.1; (c) the discretion to accept a guilty plea to a lesser charge; (d) the discretion to withdraw from criminal proceedings altogether: *R. v. Osborne* (1975), 25 C.C.C. (2d) 405 (N.B.C.A.); and (e) the discretion to take control of a private prosecution: *R. v. Osiowy* (1989), 50 C.C.C. (3d) 189 (Sask. C.A.). While there are other discretionary decisions, these are the core of the delegated sovereign authority peculiar to the office of the Attorney General.

Significantly, what is common to the various elements of prosecutorial discretion is that they involve the ultimate decisions as to whether a prosecution should be brought, continued or ceased, and what the prosecution ought to be for. Put differently, prosecutorial discretion refers to decisions regarding the nature and extent of the prosecution and the Attorney General's participation in it. Decisions that do not go to the nature and extent of the prosecution, i.e., the decisions that govern a Crown prosecutor's tactics or conduct before the court, do not fall within the scope of prosecutorial discretion. Rather, such decisions are governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own processes once the Attorney General has elected to enter into that forum. [Emphasis added.]

[46] The independence of the Attorney General is so fundamental to the integrity and efficiency of the criminal justice system that it is constitutionally entrenched. The principle of independence requires that the Attorney General act independently of political pressures from government and sets the Crown's exercise of prosecutorial discretion beyond the reach of judicial review, subject only to the doctrine of abuse of process. The Court explained in *Krieger* how the principle of independence finds form as a constitutional value (at paras. 30-32):

It is a constitutional principle in this country that the Attorney General must act independently of partisan

Sans vouloir être exhaustifs, nous croyons que le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites comprend essentiellement les éléments suivants : a) le pouvoir discrétionnaire d'intenter ou non des poursuites relativement à une accusation portée par la police; b) le pouvoir discrétionnaire d'ordonner un arrêt des procédures dans le cadre de poursuites privées ou publiques, au sens des art. 579 et 579.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46; c) le pouvoir discrétionnaire d'accepter un plaidoyer de culpabilité relativement à une accusation moins grave; d) le pouvoir discrétionnaire de se retirer complètement de procédures criminelles : *R. c. Osborne* (1975), 25 C.C.C. (2d) 405 (C.A.N.-B.); e) le pouvoir discrétionnaire de prendre en charge des poursuites privées : *R. c. Osiowy* (1989), 50 C.C.C. (3d) 189 (C.A. Sask.). Même s'il existe d'autres décisions discrétionnaires, celles-ci constituent l'essentiel du pouvoir souverain délégué qui caractérise la charge de procureur général.

Fait important, le point commun entre les divers éléments du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est le fait qu'ils comportent la prise d'une décision finale quant à savoir s'il y a lieu d'intenter ou de continuer des poursuites ou encore d'y mettre fin, d'une part, et quant à l'objet des poursuites, d'autre part. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites vise les décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites ainsi que la participation du procureur général à celles-ci. Les décisions qui ne portent pas sur la nature et l'étendue des poursuites, c'est-à-dire celles qui ont trait à la stratégie ou à la conduite du procureur du ministère public devant le tribunal, ne relèvent pas du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Ces décisions relèvent plutôt de la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure une fois que le procureur général a choisi de se présenter devant lui. [Je souligne.]

[46] L'indépendance du procureur général est si essentielle à l'intégrité et à l'efficacité du système de justice criminelle qu'elle est consacrée par la Constitution. Le principe de l'indépendance veut que le procureur général agisse indépendamment de toute pression politique du gouvernement et il soustrait à tout contrôle judiciaire l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, sous réserve uniquement de l'application de la règle de l'abus de procédure. Dans l'arrêt *Krieger*, notre Cour explique en quoi le principe de l'indépendance revêt la forme d'une valeur constitutionnelle (par. 30-32) :

Dans notre pays, un principe constitutionnel veut que le procureur général agisse indépendamment de toute

concerns when supervising prosecutorial decisions. Support for this view can be found in: Law Reform Commission of Canada [Working Paper 62, *Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor* (1990)], at pp. 9-11. See also Binnie J. in *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12, at paras. 157-58 (dissenting on another point).

This side of the Attorney General's independence finds further form in the principle that courts will not interfere with his exercise of executive authority, as reflected in the prosecutorial decision-making process. . . .

The court's acknowledgment of the Attorney General's independence from judicial review in the sphere of prosecutorial discretion has its strongest source in the fundamental principle of the rule of law under our Constitution. Subject to the abuse of process doctrine, supervising one litigant's decision-making process — rather than the conduct of litigants before the court — is beyond the legitimate reach of the court. . . . The quasi-judicial function of the Attorney General cannot be subjected to interference from parties who are not as competent to consider the various factors involved in making a decision to prosecute. To subject such decisions to political interference, or to judicial supervision, could erode the integrity of our system of prosecution. Clearly drawn constitutional lines are necessary in areas subject to such grave potential conflict. [Emphasis added.]

See also *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 166, *per* Binnie J., dissenting on another issue.

[47] In exercising their discretion to prosecute, Crown prosecutors perform a function inherent in the office of the Attorney General that brings the principle of independence into play. Its fundamental importance lies, not in protecting the interests of individual Crown attorneys, but in advancing the public interest by enabling prosecutors to make discretionary decisions in fulfilment of their professional obligations without fear of judicial or political interference, thus fulfilling their *quasi-judicial* role as “ministers of justice”: *Boucher v.*

considération partisane lorsqu'il supervise les décisions d'un procureur du ministère public. Voir, à l'appui de ce point de vue : Commission de réforme du droit du Canada [Document de travail 62, *Poursuites pénales : les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne* (1990)], p. 9-11. Voir également le juge Binnie (dissident sur un autre point) dans l'arrêt *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12, par. 157-158.

Cet aspect de l'indépendance du procureur général se reflète également dans le principe selon lequel les tribunaux n'interviennent pas dans la façon dont celui-ci exerce son pouvoir exécutif, comme l'illustre le processus décisionnel en matière de poursuites. . . .

La reconnaissance par la cour que l'exercice du pouvoir discrétionnaire du procureur général en matière de poursuites ne peut pas faire l'objet d'un contrôle judiciaire repose avant tout sur le principe fondamental de la primauté du droit consacré par notre Constitution. Sous réserve de la règle de l'abus de procédure, il ne relève pas de la compétence légitime du tribunal de superviser le processus décisionnel d'une partie plutôt que la conduite des parties comparaisant devant lui. [. . .] La fonction quasi judiciaire du procureur général ne saurait faire l'objet d'une ingérence de la part de parties qui ne sont pas aussi compétentes que lui pour analyser les divers facteurs à l'origine de la décision de poursuivre. Assujettir ce genre de décisions à une ingérence politique ou à la supervision des tribunaux pourrait miner l'intégrité de notre système de poursuites. Il faut établir des lignes de démarcation constitutionnelles claires dans des domaines où un conflit aussi grave risque de survenir. [Je souligne.]

Voir aussi *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 166, le juge Binnie, dissident sur un autre point.

[47] L'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites relève d'une fonction inhérente à la charge de procureur général qui fait intervenir le principe de l'indépendance. L'importance fondamentale de l'indépendance du ministère public tient à la défense de l'intérêt public, et non à la protection des droits individuels des procureurs de la Couronne, car elle permet à ces derniers de prendre des décisions discrétionnaires dans l'exécution de leurs obligations professionnelles sans craindre d'ingérence judiciaire ou politique et de

The Queen, [1955] S.C.R. 16, at p. 25, *per* Locke J. In *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 616, L'Heureux-Dubé J. acknowledged the importance of limiting judicial oversight of Crown decisions in furtherance of the public interest:

[T]he Attorney General is a member of the executive and as such reflects, through his or her prosecutorial function, the interest of the community to see that justice is properly done. The Attorney General's role in this regard is not only to protect the public, but also to honour and express the community's sense of justice. Accordingly, courts should be careful before they attempt to "second-guess" the prosecutor's motives when he or she makes a decision. [Emphasis added.]

Thus, the public good is clearly served by the maintenance of a sphere of unfettered discretion within which Crown attorneys can properly pursue their professional goals.

[48] That said, the general rule of judicial non-intervention in the prosecutorial exercise is not absolute. In the public law context, this Court in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, unanimously affirmed the availability of the doctrine of abuse of process in criminal proceedings, but (at p. 137) strictly limited judicial discretion to stay proceedings as a result of abuse of process to the "clearest of cases". In *Power*, L'Heureux-Dubé J. for a majority of this Court described the high threshold that must be met to justify judicial interference with a Crown attorney's decision to prosecute an accused (at pp. 615-16):

I, therefore, conclude that, in criminal cases, courts have a residual discretion to remedy an abuse of the court's process but only in the "clearest of cases", which, in my view, amounts to conduct which shocks the conscience of the community and is so detrimental to the proper administration of justice that it warrants judicial intervention.

To conclude that the situation "is tainted to such a degree" and that it amounts to one of the "clearest of cases", as the abuse of process has been characterized by the jurisprudence, requires overwhelming evidence

s'acquitter ainsi de leur rôle *quasi* judiciaire de [TRADUCTION] « représentants de la justice » : *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, p. 25, le juge Locke. Dans l'arrêt *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, la juge L'Heureux-Dubé reconnaît qu'il est dans l'intérêt public de limiter le contrôle judiciaire des décisions du ministère public (p. 616) :

[L]e procureur général est un représentant de l'exécutif et, à ce titre, il reflète, de par sa fonction de poursuivant, l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que justice soit adéquatement rendue. Le rôle du procureur général à cet égard consiste non seulement à protéger le public, mais également à honorer et à exprimer le sens de justice de la collectivité. Aussi, les tribunaux devraient-ils être prudents avant de s'adonner à des conjectures rétrospectivement sur les motifs qui poussent le poursuivant à prendre une décision. [Je souligne.]

Il est donc clairement dans l'intérêt public que les procureurs de la Couronne jouissent d'un pouvoir discrétionnaire total leur permettant de s'acquitter dûment de leur fonction.

[48] Ce principe général de non-immixtion judiciaire n'est cependant pas absolu. Dans le contexte du droit public, notre Cour a unanimement confirmé l'applicabilité de la règle de l'abus de procédure dans une instance pénale (*R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128), mais elle n'a reconnu le pouvoir discrétionnaire judiciaire de suspendre l'instance pour abus de procédure que dans les « cas les plus manifestes » (p. 137). Dans l'arrêt *Power*, la juge L'Heureux-Dubé, au nom des juges majoritaires, énonce les conditions strictes auxquelles il peut y avoir immixtion d'une cour de justice dans la décision du ministère public de poursuivre un accusé (p. 615-616) :

Je conclus, par conséquent, que, dans les affaires criminelles, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire résiduel de remédier à un abus de la procédure de la cour, mais uniquement dans les « cas les plus manifestes », ce qui, à mon avis, signifie un comportement qui choque la conscience de la collectivité et porte préjudice à l'administration régulière de la justice au point qu'il justifie une intervention des tribunaux.

Pour conclure que la situation est « à ce point viciée » et qu'elle constitue l'un des « cas les plus manifestes », tel que l'abus de procédure a été qualifié par la jurisprudence, il doit y avoir une preuve accablante que les procédures

that the proceedings under scrutiny are unfair to the point that they are contrary to the interest of justice. . . . Where there is conspicuous evidence of improper motives or of bad faith or of an act so wrong that it violates the conscience of the community, such that it would genuinely be unfair and indecent to proceed, then, and only then, should courts intervene to prevent an abuse of process which could bring the administration of justice into disrepute. Cases of this nature will be extremely rare. [Emphasis added.]

[49] As stated earlier, the question of whether the Attorney General and Crown attorneys enjoy absolute immunity from a suit for malicious prosecution in the private law context was answered in the negative by this Court in *Nelles*. As the Court explained, the question was ultimately one of policy. The Court concluded that when a prosecutor acts maliciously, in fraud of his or her professional duties, that prosecutor steps outside his or her proper role as “minister of justice”, and as a result, immunity from civil liability is no longer justified. Where an accused is wrongly prosecuted as a result of the prosecutor’s abusive actions, he or she may bring an action in malicious prosecution. Like the test for abuse of process, however, there is a stringent standard that must be met before a finding of liability will be made, in order to ensure that courts do not simply engage in the second-guessing of decisions made pursuant to a Crown’s prosecutorial discretion.

[50] In deciding that *absolute* immunity from civil liability was not justified, the Court in *Nelles* made clear that the principles underlying the case for immunity were still engaged and informed the high threshold to be met in an action for malicious prosecution (at p. 199):

Further, it is important to note that what we are dealing with here is an immunity from suit for malicious prosecution; we are not dealing with errors in judgment or discretion or even professional negligence. By contrast the tort of malicious prosecution requires proof of an improper purpose or motive, a motive that involves an abuse or perversion of the system of criminal justice for ends it was not designed to serve and as such incorporates an abuse of the office of the Attorney General and his agents the Crown Attorneys. [Emphasis added.]

examinées sont injustes au point qu’elles sont contraires à l’intérêt de la justice. [. . .] Si la preuve démontre clairement l’existence de motifs illégitimes, de mauvaise foi ou d’un acte si fautif qu’il viole la conscience de la collectivité à un point tel qu’il serait vraiment injuste et indécent de continuer, alors, et alors seulement, les tribunaux devraient intervenir pour empêcher un abus de procédure susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Les cas de cette nature seront toutefois extrêmement rares. [Je souligne.]

[49] Rappelons que dans l’arrêt *Nelles*, notre Cour statue que le procureur général et ses substitués ne jouissent pas au civil d’une immunité absolue contre les actions pour poursuites abusives. Elle explique qu’il s’agit en définitive d’une question d’intérêt public, puis conclut que le poursuivant qui agit avec malveillance et dénature ses obligations professionnelles sort de son rôle de « représentant de la justice », de sorte que l’immunité contre la responsabilité civile ne se justifie plus. L’accusé poursuivi à tort au pénal par suite du comportement abusif du procureur de la Couronne dispose d’un recours au civil. Toutefois, comme dans le cas de l’abus de procédure, il doit satisfaire à des conditions strictes de façon que le tribunal ne mette pas simplement en doute rétrospectivement la décision prise à l’issue de l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public en matière de poursuites.

[50] Dans l’arrêt *Nelles*, lorsqu’elle statue que l’immunité *absolue* contre la responsabilité civile n’est pas justifiée, la Cour précise que les principes sous-tendant la thèse de l’immunité demeurent applicables et influent sur les conditions strictes auxquelles une action pour poursuites abusives doit satisfaire (p. 199) :

De plus, il importe de souligner qu’il s’agit ici d’une immunité contre des actions pour poursuites abusives; il n’est question ni d’erreurs de jugement, ni d’erreurs dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire, ni même de négligence professionnelle. Dans le cas du délit civil de poursuites abusives, par contre, on doit prouver l’existence d’un but ou d’un motif illégitime, motif qui constitue un abus ou une perversion du système de justice criminelle à des fins auxquelles il n’est pas destiné et qui, en tant que tel, comporte un abus des pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne qui agissent en son nom. [Je souligne.]

In *Proulx*, at para. 4, the Court reiterated the stringent test for malicious prosecution established in *Nelles*:

Under our criminal justice system, prosecutors are vested with extensive discretion and decision-making authority to carry out their functions. Given the importance of this role to the administration of justice, courts should be very slow indeed to second-guess a prosecutor's judgment calls when assessing Crown liability for prosecutorial misconduct. *Nelles* . . . affirmed unequivocally the public interest in setting the threshold for such liability very high, so as to deter all but the most serious claims against the prosecuting authorities, and to ensure that Crown liability is engaged in only the most exceptional circumstances. [Emphasis added.]

[51] Thus, the public law doctrine of abuse of process and the tort of malicious prosecution may be seen as two sides of the same coin: both provide remedies when a Crown prosecutor's actions are so egregious that they take the prosecutor outside his or her proper role as minister of justice, such that the general rule of judicial non-intervention with Crown discretion is no longer justified. Both abuse of process and malicious prosecution have been narrowly crafted, employing stringent tests, to ensure that liability will attach in only the most exceptional circumstances, so that Crown discretion remains intact.

[52] The respondents and some of the interveners in the present appeal urge that the test for malicious prosecution be amended such that malice under the fourth element may be inferred solely from a finding of lack of reasonable and probable grounds under the third element. They argue that to require independent evidence of malice presents too high a barrier for any wrongly prosecuted person to obtain a remedy against a Crown prosecutor. In my view, these arguments are ill-conceived and do not account for the careful balancing established in *Nelles* and *Proulx* between the right of individual citizens to be free from groundless criminal prosecutions and the public interest in the effective and

Dans l'arrêt *Proulx*, la Cour rappelle le critère strict établi dans l'arrêt *Nelles* à l'égard de l'action pour poursuites abusives (par. 4) :

Dans notre système de justice pénale, les poursuivants jouissent d'un vaste pouvoir discrétionnaire et d'un grand pouvoir décisionnel dans l'exercice de leurs fonctions. Compte tenu de l'importance de ce rôle pour l'administration de la justice, les tribunaux doivent se montrer vraiment très réticents à mettre en doute rétrospectivement la sagesse des décisions du poursuivant, lorsqu'ils évaluent la responsabilité du ministère public pour la conduite répréhensible du poursuivant. L'arrêt *Nelles* [. . .] a confirmé sans équivoque qu'il était dans l'intérêt public que le seuil de cette responsabilité soit très élevé, de manière à décourager les demandes, sauf les plus sérieuses, contre les autorités chargées des poursuites et à garantir que seules les circonstances les plus exceptionnelles entraînent la responsabilité du ministère public. [Je souligne.]

[51] La poursuite abusive est donc l'équivalent, en droit privé, de l'abus de procédure en droit public. En effet, les deux offrent une voie de recours lorsque la conduite du procureur de la Couronne est si inacceptable qu'elle ne ressortit plus à son rôle de représentant de la justice, écartant ainsi la règle générale de la non-immixtion des tribunaux dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Tous deux sont strictement délimités et emportent l'application de critères stricts de sorte que la responsabilité du ministère public ne soit retenue que dans les circonstances les plus exceptionnelles et que soit préservé le pouvoir discrétionnaire de ce dernier.

[52] Les intimés et certains intervenants nous exhortent à modifier le critère applicable en matière de poursuites abusives de façon que, pour les besoins du quatrième volet du critère, la malveillance puisse être inférée de la seule conclusion qu'il n'y avait pas de motifs raisonnables et probables tirée au troisième volet. Ils font valoir que la preuve indépendante de la malveillance du procureur de la Couronne impose un fardeau excessif à l'accusé qui a été victime d'une poursuite abusive. Ces arguments ne sont pas fondés selon moi, et ils ne tiennent pas compte du juste équilibre établi dans les arrêts *Nelles* et *Proulx* entre le droit individuel à la protection contre les poursuites

uninhibited prosecution of criminal wrongdoing: P. H. Osborne, *The Law of Torts* (3rd ed. 2007), at p. 245. As this Court made plain in *Nelles*, the “inherent difficulty” in proving a case of malicious prosecution was an intentional choice by the Court, designed to preserve this balance (p. 199).

4.3 *The Elements of Malicious Prosecution: A Brief Overview*

[53] Under the first element of the test for malicious prosecution, the plaintiff must prove that the prosecution at issue was initiated by the defendant. This element identifies the proper target of the suit, as it is only those who were “actively instrumental” in setting the law in motion that may be held accountable for any damage that results: *Danby v. Beardsley* (1880), 43 L.T. 603 (C.P.), at p. 604. As against a Crown prosecutor, the initiation requirement will be satisfied where the defendant Crown makes the decision to commence or continue the prosecution of charges laid by police, or adopts proceedings started by another prosecutor: *Clerk & Lindsell on Torts* (19th ed. 2006), at p. 979; J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9th ed. 1998), at p. 677.

[54] The second element of the tort demands evidence that the prosecution terminated in the plaintiff’s favour. This requirement precludes a collateral attack on a conviction properly rendered by a criminal court, and thus avoids conflict between civil and criminal justice. The favourable termination requirement may be satisfied no matter the route by which the proceedings conclude in the plaintiff’s favour, whether it be an acquittal, a discharge at a preliminary hearing, a withdrawal, or a stay. However, where the termination does not result from an adjudication on the merits, for example, in the case of a settlement or plea bargain, a live issue may arise whether the termination of the proceedings was “in favour” of the plaintiff: see, e.g., *Ramsay v. Saskatchewan*, 2003 SKQB 163, 234 Sask. R. 172; *Hainsworth v. Ontario (Attorney General)*, [2002] O.J. No. 1390 (QL) (S.C.J.); *Hunt v. Ontario*, [2004] O.J. No. 5284 (QL) (S.C.J.); *Ferri v. Root*, 2007 ONCA 79, 279 D.L.R. (4th) 643. Whether the

criminelles injustifiées et l’intérêt public résidant dans la poursuite effective et sans entrave des criminels : P. H. Osborne, *The Law of Torts* (3^e éd. 2007), p. 245. Comme le dit clairement la Cour dans l’arrêt *Nelles*, la « difficulté » de prouver la poursuite abusive procède d’un choix délibéré de sa part visant à préserver cet équilibre (p. 199).

4.3 *Les éléments constitutifs du délit de poursuites abusives en bref*

[53] Le premier volet du critère permettant de conclure au caractère abusif d’une poursuite exige du demandeur qu’il prouve que le défendeur a engagé la poursuite en cause. Le recours doit être exercé contre la bonne personne, car seule celle ayant [TRADUCTION] « contribué activement » à la mise en branle du processus judiciaire peut être tenue responsable du préjudice subi : *Danby c. Beardsley* (1880), 43 L.T. 603 (C.P.), p. 604. Lorsqu’un procureur de la Couronne est partie défenderesse à l’action, cette exigence est remplie s’il a décidé de donner suite aux accusations déposées par la police ou de continuer la poursuite ou s’il a pris le relais dans une poursuite intentée par un collègue : *Clerk & Lindsell on Torts* (19^e éd. 2006), p. 979; J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9^e éd. 1998), p. 677.

[54] Le deuxième élément constitutif — l’issue de la poursuite favorable au demandeur — empêche la contestation indirecte d’une déclaration de culpabilité prononcée à bon droit par un tribunal pénal et évite ainsi un conflit entre la justice civile et la justice pénale. Cette condition peut être remplie quelles que soient les modalités d’obtention de la décision, qu’il y ait acquittement, mise en liberté à l’enquête préliminaire, retrait de l’accusation ou arrêt des procédures. Toutefois, lorsqu’il n’y a pas de décision au fond, notamment en cas d’entente ou de négociation de plaidoyer, la question de savoir si l’instance a débouché sur une décision « favorable » au demandeur peut encore se poser : voir, p. ex., *Ramsay c. Saskatchewan*, 2003 SKQB 163, 234 Sask. R. 172; *Hainsworth c. Ontario (Attorney General)*, [2002] O.J. No. 1390 (QL) (C.S.J.); *Hunt c. Ontario*, [2004] O.J. No. 5284 (QL) (C.S.J.); *Ferri c. Root*, 2007 ONCA 79, 279 D.L.R. (4th) 643. Bien qu’elle ait été débattue en première

second element of malicious prosecution was satisfied in the present case was a live issue at trial; however, the question is not before the Court.

[55] Of course, criminal proceedings may terminate in favour of an accused for a number of reasons and an accused's success in a criminal proceeding does not mean the prosecution was improperly initiated. The third element which must be proven by a plaintiff — absence of reasonable and probable cause to commence or continue the prosecution — further delineates the scope of potential plaintiffs. As a matter of policy, if reasonable and probable cause existed at the time the prosecutor commenced or continued the criminal proceeding in question, the proceeding must be taken to have been properly instituted, regardless of the fact that it ultimately terminated in favour of the accused. I will say more about this later in these reasons.

[56] Finally, the initiation of criminal proceedings in the absence of reasonable and probable grounds does not itself suffice to ground a plaintiff's case for malicious prosecution, regardless of whether the defendant is a private or public actor. Malicious prosecution, as the label implies, is an intentional tort that requires proof that the defendant's conduct in setting the criminal process in motion was fuelled by malice. The malice requirement is the key to striking the balance that the tort was designed to maintain: between society's interest in the effective administration of criminal justice and the need to compensate individuals who have been wrongly prosecuted for a primary purpose other than that of carrying the law into effect. I return to the malice element in the course of the analysis below.

[57] I now turn to a more detailed consideration of the issues live on this appeal, starting with the absence of the reasonable and probable cause element of the tort.

4.4 *The Absence of Reasonable and Probable Cause*

[58] The third element requires a plaintiff to prove an absence of reasonable and probable cause

instance, cette question n'est pas soulevée devant nous.

[55] Naturellement, différentes raisons peuvent expliquer qu'une poursuite criminelle débouche sur une issue favorable à l'accusé sans qu'elle n'ait été intentée à tort pour autant. Le troisième élément dont le demandeur doit faire la preuve — l'absence de motifs raisonnables et probables d'intenter ou de continuer la poursuite — vient circonscrire davantage le recours possible. En principe, lorsque des motifs raisonnables et probables existaient au moment où le poursuivant a engagé ou continué l'instance criminelle, celle-ci doit être tenue pour légitime même si elle débouche finalement sur une décision favorable à l'accusé. J'y reviendrai.

[56] Enfin, le fait qu'une poursuite criminelle a été intentée malgré l'absence de motifs raisonnables et probables n'établit pas à lui seul son caractère abusif, que le défendeur exerce une charge publique ou non. Le délit de poursuites abusives est de nature intentionnelle et exige la preuve que le défendeur était animé par la malveillance lorsqu'il a mis le processus judiciaire criminel en branle. La malveillance constitue l'élément clé de l'équilibre que le délit vise à préserver entre l'administration efficace de la justice criminelle dans l'intérêt public et la nécessité d'indemniser le citoyen qui est poursuivi à tort principalement à une autre fin que celle de l'application de la loi. Je reviens sur cet élément dans mon analyse.

[57] Je passe maintenant à l'examen détaillé des questions en litige dans le présent pourvoi. Je me penche d'abord sur l'élément constitutif de l'absence de motifs raisonnables et probables.

4.4 *L'absence de motifs raisonnables et probables*

[58] Le troisième élément exige du demandeur qu'il prouve l'absence de motifs raisonnables et

for initiating the prosecution. Since malicious prosecution is an intentional tort that targets a prosecutor's decision to initiate criminal proceedings, this element is generally couched in terms of the prosecutor's *belief* in the existence of reasonable and probable cause. It is well established that the reasonable and probable cause inquiry comprises both a subjective and an objective component, such that for grounds to exist, "[t]here must be both actual belief on the part of the prosecutor and that belief must be reasonable in the circumstances" (*Nelles*, at p. 193). Although stated in the affirmative, the onus is clearly on the plaintiff to prove the *absence* of reasonable and probable cause.

[59] Two issues are raised in this appeal regarding the third element of the tort in an action taken against a Crown prosecutor. First, the parties seek guidance in respect of the standard of belief which should inform the prosecutor's decision to initiate or continue a prosecution, as it appears that there is some uncertainty on this issue. Second, given that the reasonable and probable cause inquiry in a public prosecution is not concerned with the prosecutor's personal views as to the accused's guilt, but with his or her professional assessment of the legal strength of the case, the question is raised whether the third element of the tort should turn solely on the existence or absence of objective grounds, leaving any inquiry into the prosecutor's subjective state of belief to the fourth element, the question of malice. I will deal first with the requisite standard of belief.

[60] In *Nelles*, Lamer J. adopted (at p. 193) the definition of reasonable and probable grounds from *Hicks v. Faulkner*, at p. 171, *per* Hawkins J., *aff'd* [1881-5] All E.R. Rep. 187 (C.A.), stating as follows:

Reasonable and probable cause has been defined as "an honest belief in the guilt of the accused based upon a full conviction, founded on reasonable grounds, of the existence of a state of circumstances, which, assuming them to be true, would reasonably lead any ordinarily prudent and cautious man, placed in the position of the

probables d'intenter la poursuite. Comme le délit de poursuite abusive est de nature intentionnelle et qu'il vise la décision du ministère public d'engager une instance criminelle, cet élément renvoie généralement à la *croyance* du poursuivant à l'existence de motifs raisonnables et probables. Il est bien établi que la question de savoir si de tels motifs existent comporte un volet objectif et un volet subjectif, en sorte qu'« [i]l doit y avoir une croyance réelle de la part du poursuivant et cette croyance doit être raisonnable dans les circonstances » (*Nelles*, p. 193). Certes l'exigence est formulée de manière positive, mais il incombe clairement au demandeur de démontrer l'*absence* de motifs raisonnables et probables.

[59] Le présent pourvoi soulève deux questions en ce qui concerne le troisième élément constitutif du délit dans une action intentée contre un procureur de la Couronne. Premièrement, des précisions s'imposent sur le degré de croyance qui doit fonder la décision du poursuivant d'intenter ou de continuer une poursuite, car une incertitude paraît subsister à ce sujet. Deuxièmement, étant donné que l'existence de motifs raisonnables et probables ne tient pas à l'opinion personnelle du poursuivant concernant la culpabilité de l'accusé, mais à son appréciation professionnelle du fondement juridique de la poursuite, la question se pose de savoir si le troisième volet du critère doit s'attacher uniquement à l'existence ou à l'inexistence de motifs objectifs, de sorte que l'état d'esprit subjectif du poursuivant ne serait considéré qu'à la quatrième étape de l'analyse, celle relative à l'intention malveillante. J'examine d'abord le degré de croyance requis.

[60] Dans l'arrêt *Nelles*, à la p. 193, le juge Lamer fait sienne la définition des motifs raisonnables et probables du juge Hawkins dans *Hicks c. Faulkner*, à la p. 171, *conf. par* [1881-5] All E.R. Rep. 187 (C.A.), et dit ce qui suit :

Un motif raisonnable et probable a été décrit comme [TRADUCTION] « la croyance de bonne foi en la culpabilité de l'accusé, basée sur la certitude, elle-même fondée sur des motifs raisonnables, de l'existence d'un état de faits qui, en supposant qu'ils soient exacts, porterait raisonnablement tout homme normalement avisé

accuser, to the conclusion that the person charged was probably guilty of the crime imputed”. . . . [Emphasis added.]

This standard of belief is commonly referred to as the “probable guilt” standard.

[61] In *Proulx*, the Court elaborated on this standard, stating the following (at para. 31):

To say that a prosecutor must be convinced beyond a reasonable doubt of an accused person’s guilt before bringing charges is obviously incorrect. That is the ultimate question for the trier of fact, and not the prosecutor, to decide. However, in our opinion, the Crown must have sufficient evidence to believe that guilt could properly be proved beyond a reasonable doubt before reasonable and probable cause exists, and criminal proceedings can be initiated. A lower threshold for initiating prosecutions would be incompatible with the prosecutor’s role as a public officer charged with ensuring justice is respected and pursued. [Underlining added.]

[62] In the wake of *Proulx*, some commentators queried whether the Court’s elaboration of the “probable guilt” standard represented a shift away from the threshold established in *Nelles*, towards a higher standard akin to the “reasonable prospect of conviction” standard found in most Crown policy manuals across Canada: see, e.g., T. L. Archibald, “The Widening Net of Liability for Police and Public Officials in the Investigation of Crimes”, in T. L. Archibald and M. Cochrane, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2001* (2002), 1, at p. 9. See also J. Pearson, “*Proulx* and Reasonable and Probable Cause to Prosecute” (2002), 46 C.R. (5th) 156.

[63] In my view, the distinction between the standards set out in *Nelles* and *Proulx* ensues from the fact that the tort of malicious prosecution predates the institution of public prosecutions. As stated earlier, principles established in suits between private parties cannot simply be transposed to cases involving Crown defendants without necessary modification. In *Wilson v. Toronto (Metropolitan) Police*

et prudent, à la place de l’accusateur, à croire que la personne inculpée était probablement coupable du crime en question ». . . [Je souligne.]

Il s’agit de ce qu’on appelle communément la norme de la « culpabilité probable ».

[61] Dans l’arrêt *Proulx*, la Cour apporte les précisions suivantes (par. 31) :

Il est manifestement incorrect d’affirmer que le poursuivant doit être convaincu hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l’accusé avant de porter des accusations contre lui. C’est la question que le juge des faits, et non le poursuivant, doit trancher en bout de ligne. Nous sommes toutefois d’avis que, pour qu’il existe des motifs raisonnables et probables et que des poursuites criminelles puissent être intentées, le ministère public doit avoir suffisamment d’éléments de preuve pour croire que la culpabilité pourrait être démontrée régulièrement hors de tout doute raisonnable. Un seuil moins élevé permettant l’introduction d’une poursuite serait incompatible avec le rôle du poursuivant en sa qualité de fonctionnaire chargé d’assurer le respect et la recherche de la justice. [Je souligne.]

[62] Par suite de cet arrêt, des auteurs se sont demandé si la norme de la « culpabilité probable » ne rompait pas avec le critère de l’arrêt *Nelles* au profit d’une norme plus stricte s’apparentant à celle de la « possibilité raisonnable d’une déclaration de culpabilité » dont font état la plupart des guides destinés aux procureurs de la Couronne au Canada : voir, p. ex., T. L. Archibald, « The Widening Net of Liability for Police and Public Officials in the Investigation of Crimes », dans T. L. Archibald et M. Cochrane, dir., *Annual Review of Civil Litigation, 2001* (2002), 1, p. 9; voir aussi J. Pearson, « *Proulx* and Reasonable and Probable Cause to Prosecute » (2002), 46 C.R. (5th) 156.

[63] À mon avis, la différence entre les normes établies dans les arrêts *Nelles* et *Proulx* découle de ce que le délit de poursuites abusives est antérieur aux poursuites criminelles publiques. Je le répète, les principes dégagés dans le cadre d’instances opposant des personnes privées ne peuvent pas simplement être appliqués aux instances auxquelles le ministère public est partie sans que

Service, [2001] O.J. No. 2434 (QL) (S.C.J.), a decision preceding *Proulx*, Dambrot J. rightly noted that the definition of reasonable and probable cause quoted in *Nelles* does not reflect the proper role of a modern Crown attorney. As he states, “when Hawkins J. formulated this definition [in *Hicks v. Faulkner*], he clearly did not have prosecuting counsel in mind” (para. 31). Dambrot J. expressed the view that, while the accuser’s *personal* belief in the probable guilt of the accused may be an appropriate standard in a private suit, it is not a suitable definition of the subjective element of reasonable and probable cause in an action for malicious prosecution against Crown counsel (para. 33). Although Dambrot J.’s decision is not referred to in *Proulx*, the Court’s elaboration of the standard in the latter reflects his concern in *Wilson*. As made plain in *Proulx*, the reasonable and probable cause inquiry is *not* concerned with a prosecutor’s personal views as to the accused’s guilt, but with his or her *professional* assessment of the legal strength of the case. Given the burden of proof in a criminal trial, belief in “probable” guilt therefore means that the prosecutor believes, based on the existing state of circumstances, that proof beyond a reasonable doubt could be made out in a court of law.

[64] As alluded to earlier, the standard found in most Crown policy manuals across the country governing the exercise of prosecutorial discretion to commence or continue a criminal proceeding is generally higher than the reasonable and probable cause requirement under the third element of the test for malicious prosecution. In Crown policy manuals, the initiation or continuation of a prosecution is generally not recommended unless there exists a reasonable prospect of conviction and it is in the public interest to pursue the criminal proceeding. It is within the realm of prosecutorial discretion to set appropriate standards and, as discussed above, the civil action is not a vehicle for embarking upon a judicial review of its exercise in particular cases.

les modifications qui s’imposent soient apportées. Dans la décision *Wilson c. Toronto (Metropolitan) Police Service*, [2001] O.J. No. 2434 (QL) (C.S.J.), antérieure à l’arrêt *Proulx*, le juge Dambrot signale avec justesse que la définition des motifs raisonnables et probables citée dans l’arrêt *Nelles* ne rend pas compte du véritable rôle dévolu de nos jours au procureur de la Couronne : [TRADUCTION] « lorsque le juge Hawkins a formulé cette définition [dans *Hicks c. Faulkner*], il ne pensait manifestement pas à l’avocat poursuivant » (par. 31). Selon lui, la croyance *personnelle* de l’accusateur à la culpabilité probable de l’accusé peut constituer une norme appropriée au civil, mais elle ne saurait correspondre à l’élément subjectif de l’existence de motifs raisonnables et probables dans une action pour poursuites abusives intentée contre un procureur de la Couronne (par. 33). La décision du juge Dambrot n’est pas mentionnée dans l’arrêt *Proulx*, mais la norme retenue dans ce dernier tient compte du problème qu’elle soulève. Dans l’arrêt *Proulx*, la Cour dit clairement que l’existence de motifs raisonnables et probables *ne* tient *pas* à l’opinion personnelle du poursuivant concernant la culpabilité de l’accusé, mais à son appréciation *professionnelle* du fondement juridique de la poursuite. Étant donné la norme de preuve applicable dans un procès criminel, pour le poursuivant, croire à la culpabilité « probable » signifie donc croire, au vu des circonstances existantes, que les faits reprochés pourraient être prouvés hors de tout doute raisonnable devant une cour de justice.

[64] Comme j’y ai déjà fait allusion, la norme relative à l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’engager ou de continuer une poursuite criminelle dont font état la plupart des guides destinés aux procureurs de la Couronne au Canada est généralement plus rigoureuse que celle des motifs raisonnables et probables correspondant au troisième volet du critère applicable en matière de poursuites abusives. Ces guides déconseillent généralement d’intenter une poursuite criminelle ou de la continuer lorsqu’il n’existe pas de possibilité raisonnable d’obtenir une déclaration de culpabilité et qu’il n’est pas dans l’intérêt public de poursuivre au pénal. L’établissement de normes appropriées relève du pouvoir discrétionnaire du ministère public et,

Accordingly, there is nothing discordant about a lower standard grounding civil liability.

[65] That reasonable and probable cause concerns a Crown prosecutor's professional, not personal, opinion on the merits of the case in question is an important aspect of the proper administration of justice. This issue was discussed at some length by the Honourable G. Arthur Martin, in *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993) ("Martin Report"). I will only highlight some of the underlying concerns here.

[66] To require that a Crown prosecutor's decision to initiate a prosecution be based on the prosecutor's personal views about the guilt of the accused would run counter to the impartial and *quasi*-judicial role of the prosecutor: *Boucher*. The Martin Report, at p. 70, explained as follows:

If only those cases were prosecuted in which Crown counsel firmly believed in the guilt of the accused, the settled notion that "the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction" may well be compromised in practice by prosecutors who, having formed the opinion that the accused is guilty, would therefore see it as their duty to obtain a conviction.

[67] Conversely, where sufficient cause exists from a purely legal standpoint, the Crown prosecutor who harbours personal doubt about the guilt of the accused cannot substitute his or her own views for those of the judge or jury in making the threshold decision to go forward with a prosecution. The Martin Report explains as follows, at pp. 71-72:

Crown counsel need not and ought not to be substituting his or her own views for those of the trial judge or jury, who are the community's decision makers. It cannot be forgotten that much of the public's confidence in the administration of justice is attributable to the trial court process that ensures that justice is not only done,

je le répète, l'action civile ne saurait se prêter au contrôle judiciaire de l'exercice de ce pouvoir dans un cas donné. En conséquence, il n'y a rien de discordant à ce qu'une norme moins rigoureuse s'applique à la responsabilité civile.

[65] Le fait que l'existence de motifs raisonnables et probables tient à l'opinion professionnelle, et non personnelle, du poursuivant quant au bien-fondé de la poursuite contribue pour beaucoup à la saine administration de la justice. L'ancien juge G. Arthur Martin approfondit la question dans *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993) (le « Rapport Martin »). Je ne mettrai en relief que quelques-unes des préoccupations soulevées en l'espèce.

[66] Exiger que la décision d'engager une poursuite repose sur l'opinion personnelle du procureur de la Couronne quant à la culpabilité de l'accusé va à l'encontre de l'impartialité du poursuivant et de la nature *quasi* judiciaire de sa charge : arrêt *Boucher*. Le Rapport Martin en donne l'explication à la p. 70 :

[TRADUCTION] Si une poursuite n'était intentée que lorsque le procureur de la Couronne croit fermement à la culpabilité de l'accusé, l'idée généralement admise que « l'objectif d'une poursuite criminelle n'est pas l'obtention d'une déclaration de culpabilité » pourrait bien être remise en cause dans les faits par un poursuivant qui, convaincu de la culpabilité de l'accusé, considérerait qu'il est de son devoir d'obtenir une déclaration de culpabilité.

[67] À l'inverse, lorsque des motifs suffisants existent du point de vue strictement juridique, le procureur de la Couronne qui a personnellement des doutes sur la culpabilité de l'accusé ne peut se substituer au juge ou au jury pour décider initialement de poursuivre ou non. Voici la justification apportée dans le Rapport Martin, aux p. 71-72 :

[TRADUCTION] Le procureur de la Couronne n'a pas à substituer son opinion personnelle à celle du juge ou du jury, auxquels il revient de rendre une décision au nom de la collectivité. Et il devrait s'en abstenir. Il ne faut pas oublier que la confiance du public dans l'administration de la justice repose en grande partie

but is seen to be done Granting Crown counsel the power to initiate or discontinue prosecutions based on a subjective assessment of whether or not the accused is guilty would, in some circumstances, be tantamount to replacing these open, impartial, and community-based processes with the unexplained, unreviewable decisions of prosecutorial officials who have no direct accountability to the public.

[68] The reasonable and probable cause requirement in the civil action for malicious prosecution is intended to weed out those cases where there was a basis for invoking the criminal process. As Sopinka J. noted:

The rationale of tort action for damages for malicious prosecution is that the court's process has been abused by wrongfully invoking the law on a criminal charge. The tort has been restricted, however, to ensure that criminals can be brought to justice without making prosecutors fear an action for damages if a prosecution fails.

(J. Sopinka, "Malicious Prosecution: Invasion of Charter Interests: Remedies: *Nelles v. Ontario: R. v. Jedyneck: R. v. Simpson*" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 366, at p. 367)

[69] This brings us to the question of whether the inquiry into the prosecutor's subjective state of belief properly belongs at the third stage of the test where the action is taken against a Crown attorney. For the reasons that follow, I conclude that it does not. Again here, we must be careful not to transpose principles developed in an era that predates the institution of public prosecutions without making the necessary modifications. The difficulty that arises is the following.

[70] As stated earlier, it is well established that the reasonable and probable cause requirement for instituting a prosecution has both a subjective and an objective component. As a matter of logic, it therefore follows that the plaintiff, who bears the burden of showing an *absence* of reasonable and probable cause, would succeed by showing *either* an absence of subjective belief *or* an absence of objective reasonable grounds. While there is no clear precedent

sur le processus judiciaire, qui veille non seulement à ce qu'il y ait justice, mais aussi apparence de justice [. . .] Investir le procureur de la Couronne du pouvoir d'engager ou d'abandonner une poursuite selon sa croyance subjective à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé reviendrait, dans certaines circonstances, à remplacer ce processus transparent, impartial et axé sur la collectivité, par la décision non justifiée et non susceptible de contrôle d'un représentant du ministère public qui n'est pas directement comptable de ses actes au public.

[68] Aux fins de l'action civile pour poursuites abusives, l'exigence de motifs raisonnables et probables vise à écarter les cas où l'enclenchement du processus criminel était justifié. Comme le dit le juge Sopinka :

[TRADUCTION] La raison d'être de l'action délictuelle en dommages-intérêts pour poursuites abusives réside dans l'abus du processus judiciaire par le recours injustifié à la loi pour les besoins d'une accusation criminelle. Toutefois, le délit est défini de manière restrictive afin que le poursuivant puisse traduire un criminel en justice sans craindre d'être poursuivi en dommages-intérêts s'il n'obtient pas de déclaration de culpabilité.

(J. Sopinka, « Malicious Prosecution : Invasion of Charter Interests : Remedies : *Nelles v. Ontario : R. v. Jedyneck : R. v. Simpson* » (1995), 74 *R. du B. can.* 366, p. 367)

[69] Dès lors, la question est celle de savoir si le degré de croyance subjective du poursuivant relève à juste titre du troisième volet du critère dans une action intentée contre un procureur de la Couronne. Pour les motifs qui suivent, je conclus par la négative. Encore une fois, il faut se garder d'appliquer les principes dégagés à une époque antérieure à la création du système de poursuites pénales publiques sans faire les adaptations nécessaires. La difficulté qui se présente est la suivante.

[70] Je le rappelle, il est bien établi que les motifs raisonnables et probables requis pour intenter une poursuite ont deux composants, l'un subjectif, l'autre objectif. Il s'ensuit donc logiquement que le demandeur, à qui il incombe de prouver l'*absence* de motifs raisonnables et probables, y parvient en établissant *soit* l'absence de croyance subjective à l'existence de motifs raisonnables, *soit* l'absence objective de motifs raisonnables. Bien qu'aucune

to that effect in Canadian case law, the weight of precedent in England and other common law jurisdictions supports that proposition. See, e.g., *Glinski v. McIver*, [1962] 1 All E.R. 696 (H.L.), at pp. 721-22; *A v. State of New South Wales*, [2007] HCA 10, [2007] 3 L.R.C. 693; *Marley v. Mitchell* (1988), [2006] N.Z.A.R. 181 (C.A.).

[71] That the plaintiff should succeed at the third stage upon showing an absence of objective grounds, even though the prosecutor believed they existed, is consistent with the rationale underlying the third element of the tort. A pure subjective belief in a person's guilt without any basis in actual fact can hardly constitute sufficient justification for initiating a criminal prosecution against the plaintiff. That the plaintiff should also succeed at the third stage upon showing that the prosecutor did not believe there was reasonable and probable cause (even though, objectively, such cause did exist at the time) is not so easily rationalized. In the context of a public prosecution, it requires further discussion.

[72] As we have seen, historically cases of malicious prosecution involved disputes between private litigants. In that context, a case can be made that the absence of a subjective belief, regardless of the actual facts, should satisfy the third element of the tort. As one author aptly puts it, in establishing the "absence of reasonable and probable cause operating on the mind of the defendant", "[s]ometimes a case may be made out, whatever the state of facts may be, by means of evidence that the defendant did not believe in the justice of his own prosecution, for if there is so, there is no reasonable and probable cause for *him*": *Clerk & Lindsell on Torts*, at p. 981 (emphasis in original). In the absence of the requisite subjective belief, the private prosecutor, who is not charged with the execution of any public duty, has no reason for invoking the criminal process against the plaintiff and hence no defence left on the third element of the tort.

[73] The prosecutor's mere lack of subjective belief in sufficient cause, where objective

décision de justice canadienne ne le confirme clairement, la jurisprudence anglaise et celle d'autres ressorts de common law vont dans ce sens. Voir, p. ex., *Glinski c. McIver*, [1962] 1 All E.R. 696 (H.L.), p. 721-722; *A c. State of New South Wales*, [2007] HCA 10, [2007] 3 L.R.C. 693; *Marley c. Mitchell* (1988), [2006] N.Z.A.R. 181 (C.A.).

[71] La possibilité que le demandeur satisfasse au troisième volet du critère s'il établit l'absence de motifs objectifs, même lorsque le poursuivant croyait à leur existence, est compatible avec la raison d'être du troisième élément constitutif du délit. La croyance purement subjective à la culpabilité qui n'est pas étayée par les faits ne saurait justifier la mise en branle du processus pénal. La possibilité que le demandeur puisse également franchir la troisième étape de l'analyse s'il montre que le poursuivant ne croyait pas à l'existence de motifs raisonnables et probables (même lorsque, objectivement, de tels motifs existaient bel et bien au moment considéré) ne va pas autant de soi. Dans le contexte d'une poursuite pénale publique, une analyse plus approfondie s'impose.

[72] Nous l'avons vu, les affaires de poursuites abusives opposaient à l'origine des personnes privées. Dans ce contexte, on peut soutenir que l'absence de croyance subjective, indépendamment des faits réels, satisfait au troisième volet du critère. Comme le dit fort opportunément un auteur, s'agissant de [TRADUCTION] « l'inexistence de motifs raisonnables et probables agissant dans l'esprit du défendeur », « [o]n peut parfois en faire la preuve, quels que soient les faits, en établissant que le défendeur ne croyait pas au bien-fondé de sa poursuite, car en ce cas, il n'existe pas pour *lui* de motifs raisonnables et probables » : *Clerk & Lindsell on Torts*, p. 981 (en italique dans l'original). À défaut de la croyance subjective requise, le poursuivant privé, qui n'est tenu à aucune obligation découlant d'une charge publique, n'est pas justifié d'enclencher le processus pénal contre le demandeur et ne peut donc invoquer aucun moyen de défense à la troisième étape de l'analyse.

[73] Dans le contexte d'une poursuite publique, la seule absence de croyance subjective du

reasonable grounds do in fact exist, cannot provide the same determinative answer on the third element in the context of a public prosecution. Unlike the situation in a purely private dispute, the public interest is engaged in a public prosecution and the Crown attorney is duty-bound to act solely in the public interest in making the decision whether to initiate or continue a prosecution. Consequently, where objective reasonable grounds did in fact exist at the relevant time, it cannot be said that the criminal process was wrongfully invoked. Further, as discussed above, the decision to initiate or continue the prosecution may not entirely accord with the individual prosecutor's personal views about a case as Crown counsel must take care not to substitute his or her own views for that of the judge or the jury. Therefore, in the context of a public prosecution, the third element of the test necessarily turns on an objective assessment of the existence of sufficient cause. As we shall see, the presence or absence of the prosecutor's subjective belief in sufficient cause is nonetheless a relevant factor on the fourth element of the test, the inquiry into malice.

[74] The Court's analysis in *Nelles* lends further support to the conclusion that the third element of the tort turns on the objective assessment of reasonable and probable cause. Unlike the question of subjective belief, which is a question of fact, the objective existence or absence of grounds is a question of law to be decided by the judge: *Nelles*, at p. 193. As noted in *Nelles* (at p. 197), the fact that the absence of reasonable and probable cause is a question of law means "that an action for malicious prosecution can be struck before trial as a matter of substantive inadequacy", or on a motion for summary judgment. These mechanisms are important "to ensure that frivolous claims are not brought" (*Nelles*, at p. 197). In some provinces, the ultimate decision as to whether or not there was reasonable and probable cause for instituting the prosecution is reserved by statute for the trier of fact: see, e.g., *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 108(10), and *Jury Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. J-5, s. 3(5). Nonetheless, in the absence of any express provision to the contrary, the question whether there is

poursuivant à l'existence de motifs suffisants, alors que des motifs raisonnables objectifs existent, ne permet pas de conclure de manière aussi définitive au respect du troisième volet du critère applicable. À la différence d'un litige purement privé, la poursuite qu'intente le ministère public engage l'intérêt public et le procureur de la Couronne a le devoir d'agir dans ce seul intérêt lorsqu'il décide d'intenter ou de continuer une poursuite. En conséquence, lorsqu'il existait de fait des motifs raisonnables objectifs au moment considéré, on ne peut dire qu'il y a eu enclenchement abusif du processus criminel. De plus, nous l'avons vu, la décision d'intenter la poursuite ou de la continuer peut ne pas être en parfaite adéquation avec l'opinion personnelle de l'avocat de la Couronne, lequel doit se garder de substituer son avis à celui du juge ou du jury. Dans le cas d'une poursuite publique, la troisième étape de l'analyse s'entend donc forcément d'une appréciation objective de l'existence de motifs suffisants. Nous le verrons, la croyance ou la non-croyance subjective du poursuivant à l'existence de tels motifs constitue néanmoins un facteur pertinent à la quatrième étape, celle de détermination d'une intention malveillante.

[74] L'analyse de la Cour dans l'arrêt *Nelles* vient étayer la conclusion que le troisième volet du critère vise l'existence ou l'inexistence objective de motifs raisonnables et probables. Contrairement à celle de la croyance subjective, qui est une question de fait, l'existence ou l'inexistence objective de motifs raisonnables et probables est une question de droit qui ressortit au juge (*Nelles*, p. 193), de sorte que, comme le signale la Cour dans l'arrêt *Nelles* (à la p. 197), « une action pour poursuites abusives peut être radiée pour absence de fondement suffisant » ou sur requête pour jugement sommaire. Ces mécanismes sont importants « pour prévenir les actions frivoles » (*Nelles*, p. 197). Dans certaines provinces, la loi confie au juge des faits le soin de se prononcer sur l'existence de motifs raisonnables et probables d'engager la poursuite : voir, p. ex., la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, par. 108(10), et la *Jury Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. J-5, par. 3(5). Néanmoins, en l'absence d'une disposition expresse contraire, la question de savoir si la preuve est suffisante pour être présentée à un

a sufficient case to be put to the jury will remain a matter to be determined by the judge as a matter of law, in accordance with the respective roles of the judge and the jury. Therefore, factual inadequacy in a motion to strike a pleading or on a motion for summary judgment can still form a basis for the pre-trial striking of the pleading or the dismissal of the action, even where the ultimate determination of the issue may be expressly reserved by statute to the jury. See, e.g., *Wilson, per Dambrot J.*

[75] If the court concludes, on the basis of the circumstances known to the prosecutor at the relevant time, that reasonable and probable cause existed to commence or continue a criminal prosecution from an objective standpoint, the criminal process was properly employed, and the inquiry need go no further. See, e.g., *Al's Steak House & Tavern Inc. v. Deloitte & Touche* (1999), 45 C.C.L.T. (2d) 98 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at paras. 11-13.

[76] In carrying out the objective assessment, care must be taken in retroactively reviewing the facts actually known to the prosecutor at the relevant time — that is, when the decision to initiate or continue the proceeding was made. The reviewing court must be mindful that many aspects of a case only come to light during the course of a trial: witnesses may not testify in accordance with their earlier statements; weaknesses in the evidence may be revealed during cross-examination; scientific evidence may be proved faulty; or defence evidence may shed an entirely different light on the circumstances as they were known at the time process was initiated.

[77] If a judge determines that no objective grounds for the prosecution existed at the relevant time, the court must next inquire into the fourth element of the test for malicious prosecution: malice.

4.5 *Malice: A Primary Purpose Other Than Carrying the Law Into Effect*

[78] The malice element of the test for malicious prosecution considers a defendant prosecutor's

jury demeure une question de droit relevant du juge, conformément aux rôles respectifs du juge et du jury. Par conséquent, dans le cadre d'une requête en radiation ou pour jugement sommaire, l'insuffisance des faits peut encore fonder la radiation d'un acte de procédure avant le procès ou le rejet de l'action, même lorsque la loi prévoit expressément que la décision finale sur ce point appartient au jury. Voir à titre d'exemple la décision *Wilson* (le juge Dambrot).

[75] Si, compte tenu des faits connus du poursuivant au moment considéré, le tribunal conclut qu'il existait objectivement des motifs raisonnables et probables d'engager ou de continuer une poursuite pénale, le recours au processus criminel était légitime, et l'examen prend fin : voir, p. ex., *Al's Steak House & Tavern Inc. c. Deloitte & Touche* (1999), 45 C.C.L.T. (2d) 98 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 11-13.

[76] Lors de l'appréciation objective, le tribunal doit considérer rétrospectivement les faits dont a réellement tenu compte le poursuivant au moment de prendre la décision d'engager ou de continuer la poursuite. Il doit se rappeler que bon nombre de facettes d'une affaire ne se révèlent qu'au procès : un témoin peut contredire une déclaration antérieure, un contre-interrogatoire peut mettre en lumière une faille de la preuve, des données scientifiques mises en preuve peuvent se révéler erronées et un élément de preuve présenté en défense peut faire apparaître sous un jour totalement différent des faits connus au moment d'engager la poursuite.

[77] Le tribunal qui conclut à l'inexistence objective de motifs à l'époque pertinente doit ensuite examiner le quatrième volet du critère applicable aux poursuites abusives, celui de l'intention malveillante.

4.5 *Malveillance : Poursuite engagée essentiellement à une autre fin que celle de l'application de la loi*

[78] Pour les besoins du critère permettant de conclure au caractère abusif d'une poursuite, le

mental state in respect of the prosecution at issue. Malice is a question of fact, requiring evidence that the prosecutor was impelled by an “improper purpose”. In *Nelles*, Lamer J. explained the meaning of “improper purpose” in this context (at pp. 193-94):

To succeed in an action for malicious prosecution against the Attorney General or Crown Attorney, the plaintiff would have to prove both the absence of reasonable and probable cause in commencing the prosecution, and malice in the form of a deliberate and improper use of the office of the Attorney General or Crown Attorney, a use inconsistent with the status of “minister of justice”. In my view this burden on the plaintiff amounts to a requirement that the Attorney General or Crown Attorney perpetrated a fraud on the process of criminal justice and in doing so has perverted or abused his office and the process of criminal justice. In fact, in some cases this would seem to amount to criminal conduct. [Emphasis in original.]

[79] In order to prove malice, a plaintiff must, in accordance with *Nelles*, bring evidence that the defendant Crown was acting pursuant to an improper purpose inconsistent with the office of the Crown attorney. As we have seen, in deciding whether to initiate or continue a prosecution, the prosecutor must assess the legal strength of the case against the accused. The prosecutor should invoke the criminal process only where he or she believes, based on the existing state of circumstances, that proof beyond a reasonable doubt could be made out in a court of law. It follows that, if the court concludes that the prosecutor initiated or continued the prosecution based on an *honest*, albeit mistaken, professional belief that reasonable and probable cause did in fact exist, he or she will have acted for the proper purpose of carrying the law into effect and the action must fail.

[80] The inverse proposition, however, is not true. The absence of a subjective belief in sufficient grounds, while a relevant factor, does not equate with malice. It will not always be possible for a plaintiff to adduce direct evidence of the prosecutor’s lack of belief. As is often the case, a state of mind may be inferred from other facts. In

volet de la malveillance s’attache à l’état d’esprit du poursuivant défendeur. La malveillance est une question de fait, et le poursuivant doit avoir été motivé par un « but illégitime ». Dans l’arrêt *Nelles*, le juge Lamer précise ce qu’est un « but illégitime » dans ce contexte (p. 193-194) :

Pour avoir gain de cause dans une action pour poursuites abusives intentée contre le procureur général ou un procureur de la Couronne, le demandeur doit prouver à la fois l’absence de motif raisonnable et probable pour engager les poursuites et la malveillance prenant la forme d’un exercice délibéré et illégitime des pouvoirs de procureur général ou de procureur de la Couronne, et donc incompatible avec sa qualité de « représentant de la justice ». À mon avis, ce fardeau incombant au demandeur revient à exiger que le procureur général ou le procureur de la Couronne ait commis une fraude dans le processus de justice criminelle et que, dans la perpétration de cette fraude, il ait abusé de ses pouvoirs et perverti le processus de justice criminelle. En fait il semble que, dans certains cas, cela équivaille à une conduite criminelle. [Souligné dans l’original.]

[79] Suivant l’arrêt *Nelles*, pour établir la malveillance, le demandeur doit prouver que le procureur de la Couronne était mû par un but illégitime incompatible avec sa charge. Rappelons que pour décider d’engager ou de continuer une poursuite, le poursuivant doit soupeser la preuve dont il dispose contre l’accusé. Il ne doit enclencher le processus criminel que s’il croit, au vu des circonstances alors connues, que les faits reprochés pourraient être prouvés hors de tout doute raisonnable devant une cour de justice. Partant, si le tribunal conclut que le poursuivant a engagé la poursuite ou l’a continuée sur la foi de sa croyance professionnelle *sincère*, mais erronée, à l’existence de motifs raisonnables et probables, la mesure a été prise dans le but légitime de faire appliquer la loi, en sorte que l’action est vouée à l’échec.

[80] L’inverse n’est toutefois pas vrai. L’absence de croyance subjective à l’existence de motifs suffisants, bien qu’elle constitue un facteur pertinent, n’équivaut pas à de la malveillance. Le demandeur n’est pas toujours en mesure de prouver directement l’absence de croyance du poursuivant. Souvent, l’état d’esprit de l’intéressé peut s’inférer d’autres

appropriate circumstances, for example when the existence of objective grounds is woefully inadequate, the absence of a subjective belief in the existence of sufficient grounds may well be inferred. However, even if the plaintiff should succeed in proving that the prosecutor did *not* have a subjective belief in the existence of reasonable and probable cause, this does not suffice to prove malice, as the prosecutor's failure to fulfill his or her proper role may be the result of inexperience, incompetence, negligence, or even gross negligence, none of which is actionable: *Nelles*, at p. 199; *Proulx*, at para. 35. Malice requires a plaintiff to prove that the prosecutor *wilfully* perverted or abused the office of the Attorney General or the process of criminal justice. The third and fourth elements of the tort must not be conflated.

[81] As discussed earlier, a demonstrable "improper purpose" is the key to maintaining the balance struck in *Nelles* between the need to ensure that the Attorney General and Crown prosecutors will not be hindered in the proper execution of their important public duties and the need to provide a remedy to individuals who have been wrongly and maliciously prosecuted. By requiring proof of an improper purpose, the malice element of the tort of malicious prosecution ensures that liability will not be imposed in cases where a prosecutor proceeds, absent reasonable and probable grounds, by reason of incompetence, inexperience, poor judgment, lack of professionalism, laziness, recklessness, honest mistake, negligence, or even gross negligence. In *Nelles*, Lamer J. stated, at pp. 196-97:

It should be noted that what is at issue here [in a suit for malicious prosecution] is not the exercise of a prosecutor's discretion within the proper sphere of prosecutorial activity as defined by his role as a "minister of justice". Rather, in cases of malicious prosecution we are dealing with allegations of misuse and abuse of the criminal process and of the office of the Crown Attorney. We are not dealing with merely second-guessing a Crown Attorney's judgment in the prosecution of a case but rather with the deliberate and malicious use of the office for ends that are improper

faits. Dans certaines circonstances, notamment lorsque des motifs objectifs font cruellement défaut, on peut fort bien en inférer que le poursuivant ne croyait pas subjectivement à l'existence de motifs suffisants. Toutefois, même si le demandeur réussit à prouver que le poursuivant *ne* croyait *pas* subjectivement à l'existence de motifs raisonnables et probables, il ne prouve pas pour autant la malveillance, car l'omission du poursuivant de s'acquitter de ses fonctions peut découler de son inexpérience, de son incompetence, de sa négligence, voire de sa négligence grave, et aucune de ces causes ne confère de recours : *Nelles*, p. 199; *Proulx*, par. 35. Pour établir la malveillance, le demandeur doit prouver que le poursuivant a *délibérément* abusé des pouvoirs du procureur général ou qu'il a perverti le processus de justice criminelle. Il faut se garder de fondre en un seul les troisième et quatrième volets.

[81] Rappelons que l'existence d'un « but illégitime » démontrable est essentielle au maintien de l'équilibre établi dans l'arrêt *Nelles* entre deux nécessités : celle que le procureur général et les procureurs de la Couronne puissent bien s'acquitter de leurs fonctions publiques importantes et celle que les personnes poursuivies à tort et abusivement disposent d'un recours. L'exigence d'un but illégitime pour qu'il y ait malveillance écarte la responsabilité civile du poursuivant qui a engagé la poursuite sans motifs raisonnables et probables à cause de son incompetence, de son inexpérience, de son manque de discernement ou de professionnalisme, de sa paresse, de son insouciance, de son erreur de bonne foi, de sa négligence ou même de sa négligence grave. Dans l'arrêt *Nelles*, le juge Lamer dit (p. 196-197) :

Notons que ce dont il s'agit ici [dans une action pour poursuites abusives] n'est pas l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un poursuivant dans sa sphère légitime d'activité, telle que définie par son rôle de « représentant de la justice ». En effet, dans des cas de poursuites abusives il s'agit plutôt d'allégations d'abus du processus criminel et des pouvoirs du procureur de la Couronne. Il ne s'agit pas d'une simple évaluation rétrospective de la sagesse de la décision du procureur de la Couronne d'engager des poursuites; mais plutôt l'exercice délibéré et malveillant de ses pouvoirs pour

and inconsistent with the traditional prosecutorial function. [Emphasis added.]

[82] The test was reiterated in *Proulx* (para. 35). The circumstances in *Proulx* provide an example of a prosecution motivated by an improper purpose sufficient to ground liability for malicious prosecution. The circumstances can be briefly summarized as follows.

[83] In *Proulx*, Crown counsel concluded in 1986 that there did not exist sufficient evidence to prosecute Proulx for the murder, and the case was closed. Five years later, in the midst of a widely publicized defamation action launched by Proulx against a radio station and a retired police officer who had worked on his case, the prosecutor was advised by the defendants in the defamation case of a potential new identification witness. The prosecutor added the retired police officer to the prosecution team notwithstanding that he was a defendant in the defamation action, reopened the file and went ahead with the prosecution of Proulx for murder. The Crown attorney was aware of the retired police officer's involvement in the defamation action but allowed him to gather evidence against Proulx without restriction. Proulx was convicted. The conviction was reversed on appeal and an acquittal entered, with the court strongly criticizing the lack of credible evidence. Proulx then launched a malicious prosecution action against the Crown attorney.

[84] Writing for the majority, Iacobucci and Binnie JJ. began with the proposition from *Nelles* that malice involves "serious allegations, which relate to the misuse and abuse of the criminal process and the office of the Crown Attorney" (para. 35). They found that the evidence demonstrated the improper mixing of public and private business and that the prosecutor had knowingly manipulated evidence before the jury and prosecuted Proulx with "an active effort to obtain a conviction at any price" (para. 41). They therefore concluded that the prosecutor lent his office to a defence strategy in a defamation case, which was a perversion of the powers

des fins illégitimes et incompatibles avec le rôle traditionnel du poursuivant. [Je souligne.]

[82] Le critère est repris dans l'arrêt *Proulx* (par. 35) dans le cas d'une poursuite motivée par un but illégitime suffisant pour conclure au caractère abusif de la poursuite et à la responsabilité civile du poursuivant. Voici un résumé des faits.

[83] En 1986, un procureur de la Couronne avait déterminé qu'il n'existait pas de preuve suffisante pour accuser M. Proulx de meurtre, et il avait clos le dossier. Cinq ans plus tard, les défendeurs à l'action en libelle diffamatoire très médiatisée intentée par M. Proulx contre une station de radio et un policier à la retraite qui avait pris part à l'enquête avaient informé le substitut du procureur général de l'existence d'un nouveau témoin susceptible de fournir une preuve d'identification. Le substitut avait intégré l'ancien policier à l'équipe chargée de la poursuite criminelle même s'il était partie défenderesse à l'action en diffamation, il avait rouvert le dossier et avait décidé d'accuser M. Proulx de meurtre. Il savait que le policier retraité était poursuivi pour diffamation, mais il lui avait permis de recueillir des éléments de preuve contre M. Proulx sans fixer de limites à cet égard. Monsieur Proulx avait été reconnu coupable. La Cour d'appel avait annulé la déclaration de culpabilité et acquitté l'accusé. Elle a également critiqué sévèrement l'absence de preuve crédible. Monsieur Proulx avait alors intenté une action pour poursuites abusives contre le substitut du procureur général.

[84] Au nom des juges majoritaires de notre Cour, les juges Iacobucci et Binnie se sont d'abord reportés à l'arrêt *Nelles*, où la Cour avait affirmé que la malveillance suppose des « allégations graves ayant trait à l'abus du processus criminel et des pouvoirs du procureur de la Couronne » (par. 35). À leur avis, il ressortait de la preuve que le substitut avait indûment amalgamé une affaire d'intérêt public et une affaire d'intérêt privé, qu'il avait sciemment trafiqué la preuve présentée au jury et que la mise en accusation de M. Proulx s'inscrivait dans « un effort conscient en vue d'obtenir une déclaration de culpabilité à tout prix » (par. 41). Ils

of the office of the Crown and an abuse of his prosecutorial power, holding (at para. 43):

In our opinion, this juxtaposition of events shows the importance of the prosecutor's duty not to allow the criminal process to be used as a vehicle to serve other ends, in this case the ends of Arthur and Tardif in attempting to defend against the appellant's defamation action. The Crown made the decision to prosecute with the full knowledge that prosecuting the appellant would potentially assist the defendants in the defamation actions. This was thus more than a simple abdication of prosecutorial responsibilities to the police or, in the case of Tardif, to a former police officer. Rather, the prosecutor lent his office to a defence strategy in the defamation suits and, in so doing, was compromised by Tardif's manipulation of the evidence and the irregularities that took place during the 1991 investigation process. [Emphasis added.]

[85] The court must consider the relevant evidence and decide whether, on a balance of probabilities, the prosecutor was in fact motivated by an improper purpose. Consistent with the approach courts must take in every case, this requires an assessment of the "totality of all the circumstances" (*Proulx*, at para. 37). The need to consider the "totality of all the circumstances" does not mean that the court is to embark on a second-guessing of every decision made by the prosecutor during the course of the criminal proceedings. It simply means that a court shall review all evidence related to the prosecutor's state of mind, including any evidence of lack of belief in the existence of reasonable and probable cause, in deciding whether the prosecution was in fact fuelled by an improper purpose, as alleged.

[86] Evidence of the prosecutor's lack of subjective belief in reasonable and probable cause may assist in proving that the prosecution was driven by an improper purpose. However, for the reasons explained earlier, malice cannot simply be inferred from a finding of absence of belief in reasonable and probable cause alone, as the latter is equally consistent with prosecutorial conduct that is not

ont donc conclu que le substitut avait mis ses pouvoirs au service de la stratégie de la défense dans l'action en libelle diffamatoire, dénaturant ainsi le rôle du ministère public et abusant de son pouvoir en matière de poursuites (par. 43) :

Nous sommes d'avis que cette juxtaposition d'événements démontre l'importance de l'obligation qu'a le poursuivant de ne pas permettre que le processus pénal soit utilisé comme instrument servant à d'autres fins, en l'occurrence les fins que poursuivaient Arthur et Tardif en essayant de se défendre contre l'action en libelle diffamatoire de l'appelant. Le ministère public a pris la décision de poursuivre l'appelant en sachant fort bien que cette poursuite était susceptible d'aider les défendeurs dans le cadre de l'action en libelle diffamatoire. Il s'agissait de bien plus que d'un simple abandon des responsabilités du substitut en faveur de la police ou, dans le cas de Tardif, en faveur d'un ancien policier. En effet, le substitut a mis ses pouvoirs au service de la stratégie de la défense dans l'action en libelle diffamatoire et s'est ainsi trouvé compromis par la façon dont Tardif a manipulé la preuve et par les irrégularités qui se sont produites au cours du processus d'enquête de 1991. [Je souligne.]

[85] Le tribunal doit examiner la preuve pertinente et déterminer, suivant la prépondérance des probabilités, si le poursuivant était en fait motivé par un but illégitime. Comme dans toute affaire, il lui faut alors apprécier « l'ensemble des circonstances » (*Proulx*, par. 37), ce qui ne signifie pas qu'il doit mettre en doute chacune des décisions du poursuivant prises au cours de l'instance criminelle. Il doit simplement examiner tous les éléments de preuve touchant à l'état d'esprit du poursuivant, dont toute preuve d'absence de croyance à l'existence de motifs raisonnables et probables, pour déterminer si, comme l'allègue le demandeur, la poursuite était en fait motivée par un but illégitime.

[86] La preuve de l'absence de croyance subjective du poursuivant à l'existence de motifs raisonnables et probables peut contribuer à démontrer que la poursuite était motivée par un but illégitime. Toutefois, pour les raisons exposées précédemment, la malveillance ne peut s'inférer de la seule conclusion selon laquelle le poursuivant ne croyait pas à l'existence de motifs raisonnables

actionable. Care must be taken not to transpose principles derived in the context of private prosecutions, where an inference of malice from absence of cause does not carry the same difficulties, to cases involving Crown defendants. I will explain.

[87] As noted above, the tort of malicious prosecution was born in the context of prosecutions between private parties, and the malice component of the tort developed accordingly. In many of the historical cases, the parties in a malicious prosecution action had a pre-existing relationship, and the surrounding circumstances were such that it was possible to infer an improper motive from the groundlessness of the prosecution alone: see, e.g., *Jewhurst* (prosecution initiated to collect a pre-existing debt); *Gabler* (prosecutor sought to take physical possession of an office); and *Love* (prosecution commenced to procure the value or return of a cow). As a result, courts in early cases of malicious prosecution were prepared to infer malice from a finding that the prosecution was initiated absent reasonable and probable grounds. Indeed, the circumstances of these cases easily gave rise to the question: why else would a private person initiate a prosecution based entirely on facts not believed to be true, or worse still, known to be false?

[88] While it may have made sense in the context of historical private prosecutions to infer malice from absence of reasonable and probable cause in certain circumstances, a public prosecution presents a very different context. A finding of absence of reasonable and probable grounds on the objective standard is entirely equivocal in terms of a Crown prosecutor's purpose, particularly given that reasonable prosecutors may differ on whether a certain body of evidence rises to the requisite threshold. Likewise, a conclusion that a prosecutor lacked a subjective belief in sufficient cause but proceeded anyways is equally consistent with non-actionable conduct as with an improper purpose.

et probables, puisque celle-ci peut également être tirée à l'égard d'un comportement qui ne confère aucun droit d'action. Il faut se garder d'appliquer les principes issus d'affaires opposant des personnes privées, où la malveillance inférée de l'absence de motifs ne soulève pas les mêmes difficultés, aux affaires auxquelles le ministère public est partie défenderesse. Je m'explique.

[87] On l'a vu, le délit de poursuites abusives a vu le jour dans le contexte de poursuites opposant des particuliers, et l'élément constitutif de la malveillance a évolué en conséquence. Dans bon nombre d'affaires anciennes de poursuites abusives, un lien existait entre les parties avant les faits en cause et les circonstances se prêtaient à l'inférence d'une intention malveillante à partir de l'absence de motifs de poursuivre : voir, p. ex., *Jewhurst* (poursuite intentée pour recouvrer une créance préexistante), *Gabler* (poursuite relative à la prise de possession d'un bureau) et *Love* (poursuite relative au recouvrement du prix d'une vache ou à la restitution de celle-ci). Dans ces premières affaires de poursuites abusives, les tribunaux qui concluaient à l'absence de motifs raisonnables et probables de poursuivre étaient donc disposés à en inférer l'intention malveillante. D'ailleurs, dans les circonstances de ces affaires, on pouvait aisément se demander pour quelle autre raison une personne privée aurait été à l'origine d'une poursuite reposant entièrement sur des faits auxquels elle n'ajoutait pas foi ou, pis encore, qu'elle savait faux.

[88] Même si, dans le contexte de ces affaires antérieures opposant des personnes privées, il a pu être justifié d'inférer la malveillance de l'absence de motifs raisonnables et probables dans certaines circonstances, une poursuite publique s'inscrit dans un tout autre contexte. La conclusion qu'il n'existait pas objectivement de motifs raisonnables et probables n'est pas du tout concluante pour ce qui est du but qui animait le procureur de la Couronne, d'autant plus que des procureurs raisonnables peuvent différer d'avis sur la justification d'une poursuite au regard d'un ensemble d'éléments de preuve donné. Aussi, la conclusion que le poursuivant est allé de l'avant même s'il ne

To permit an inference of malice from absence of reasonable and probable grounds alone would nullify the very purpose of the malice requirement in an action for malicious prosecution and risk subjecting Crown prosecutors to liability when they err within the boundaries of their proper role as “ministers of justice”.

[89] In summary, the malice element of the test for malicious prosecution will be made out when a court is satisfied, on a balance of probabilities, that the defendant Crown prosecutor commenced or continued the impugned prosecution with a purpose inconsistent with his or her role as a “minister of justice”. The plaintiff must demonstrate on the totality of the evidence that the prosecutor deliberately intended to subvert or abuse the office of the Attorney General or the process of criminal justice such that he or she exceeded the boundaries of the office of the Attorney General. While the absence of a subjective belief in reasonable and probable cause is relevant to the malice inquiry, it does not dispense with the requirement of proof of an improper purpose.

[90] I now turn to the facts of the present appeal.

5. Application to This Case

[91] As stated earlier, the Court of Appeal was unanimous in concluding that the trial judge erred in attributing malice to Miazga on the basis of facts he viewed as “strong indicators of malice”. The court found that the trial judge’s conclusions in this regard were based on erroneous assumptions, errors in law, or were unsupported by the evidence. For the reasons given by the Court of Appeal below, I agree that the trial judge’s “indicators of malice” find no support in law or on the record. It is also my respectful view that the approach adopted by the trial judge in his review of Miazga’s conduct of the

croyait pas subjectivement à l’existence de motifs suffisants de le faire peut être tirée à l’égard d’un comportement ne conférant pas de droit d’action tout autant qu’à l’égard d’actes motivés par un but illégitime. Permettre d’inférer la malveillance de la seule absence de motifs raisonnables et probables supprimerait la raison d’être même de l’exigence de l’intention malveillante en matière de poursuites abusives et risquerait d’engager la responsabilité civile du procureur de la Couronne qui commet une erreur dans les limites de son rôle légitime de « représentant de la justice ».

[89] En résumé, le volet malveillance du critère applicable dans une affaire de poursuites abusives est respecté lorsque le tribunal conclut, suivant la prépondérance des probabilités, que le procureur de la Couronne a engagé ou continué la poursuite dans un but incompatible avec son rôle de « représentant de la justice ». Le demandeur doit démontrer, compte tenu de l’ensemble de la preuve, que le poursuivant avait l’intention délibérée d’abuser des pouvoirs du procureur général ou de dénaturer le processus de justice criminelle, outrepassant ainsi les limites de la charge de procureur général. Bien que l’absence de croyance subjective à l’existence de motifs raisonnables et probables puisse jouer pour déterminer s’il y a eu ou non malveillance, elle ne supprime pas l’obligation de prouver le but illégitime.

[90] Je passe maintenant aux faits à l’origine du présent pourvoi.

5. Application à la présente espèce

[91] Rappelons que les juges de la Cour d’appel estiment tous que le juge de première instance a eu tort de conclure, à partir de faits qu’il considérait comme de [TRADUCTION] « bons indices de malveillance », que M. Miazga avait eu une intention malveillante. Selon eux, les conclusions du juge sur ce point procédaient de postulats erronés ou d’erreurs de droit ou n’étaient pas étayées par la preuve. Pour les motifs exposés par la Cour d’appel, je conviens que ces « indices de malveillance » n’ont de fondement ni en droit ni au vu du dossier. J’estime également que la démarche du juge

prosecution exemplifies the very kind of second-guessing of prosecutorial discretion that *Nelles* aimed to prevent.

[92] The only question remaining is whether the majority of the Court of Appeal was nonetheless correct in law in upholding the trial judge's finding that Miazga was liable for malicious prosecution. As stated earlier, the majority's conclusion essentially hinged on the trial judge's finding that Miazga lacked a subjective belief in reasonable and probable cause. Accordingly, it is necessary to review the basis for this factual finding and to determine whether, in law, it can support the conclusion of the majority of the Court of Appeal.

[93] The trial judge found that the prosecution lacked reasonable and probable grounds from an objective standpoint, and that Miazga did not possess a subjective belief in the existence of grounds when he decided to proceed against the respondents. The conclusions on both objective and subjective components were premised on the trial judge's view that the R. children's allegations were incredible, and that no prosecutor could possibly accept their bizarre allegations, absent corroborating evidence, nor believe the children to be credible witnesses (para. 362). This premise was accepted by the majority of the Court of Appeal (at para. 135), and was the basis of its decision to uphold the trial judge's finding on absence of reasonable and probable grounds.

[94] In dissent, Vancise J.A. characterized the trial judge's conclusion that nobody could have reasonably believed the allegations made by the R. children as a palpable and overriding error. He noted that Dueck obviously believed the children since he was told that if he believed the children he should proceed to lay the charges and, in due course, he did. Further, several judges at both the trial and appellate levels accepted and relied upon the same allegations by the R. children in convicting their biological parents. Finally, this was a case

de première instance à l'égard des actes accomplis par M. Miazga dans le cadre de la poursuite équivalente bel et bien à mettre en doute rétrospectivement l'exercice du pouvoir discrétionnaire du poursuivant en la matière contrairement à ce que l'arrêt *Nelles* visait à empêcher.

[92] Reste donc uniquement la question de savoir si les juges majoritaires de la Cour d'appel étaient néanmoins légalement justifiés de confirmer la décision de première instance tenant M. Miazga responsable de poursuites abusives. Je le rappelle, leur décision repose essentiellement sur la conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Miazga ne croyait pas en son for intérieur à l'existence de motifs raisonnables et probables. Il faut donc examiner l'assise de cette conclusion de fait et déterminer si elle peut justifier en droit celle des juges majoritaires de la Cour d'appel.

[93] Le juge de première instance estime qu'il n'existait pas objectivement de motifs raisonnables et probables de poursuivre et que M. Miazga ne croyait pas subjectivement à l'existence de tels motifs lorsqu'il a mis les intimés en accusation. Ces conclusions tiennent toutes deux à son opinion selon laquelle les allégations des enfants R. étaient invraisemblables et que nul procureur de la Couronne ne pouvait y ajouter foi sans corroboration ni considérer les enfants comme des témoins crédibles (par. 362). Les juges majoritaires de la Cour d'appel adhèrent à ce point de vue (au par. 135), qui fonde leur décision de confirmer la conclusion qu'il n'y avait pas de motifs raisonnables et probables de poursuivre.

[94] Dissident, le juge Vancise qualifie d'erreur manifeste et dominante la conclusion du juge de première instance voulant que personne n'aurait pu raisonnablement ajouter foi aux allégations des enfants R. Il fait remarquer que l'agent Dueck croyait manifestement les enfants puisque, sur le conseil de déposer des accusations s'il ajoutait foi à leurs dires, il l'avait fait. Aussi, plusieurs juges de première instance et d'appel avaient conclu à la culpabilité des parents biologiques des enfants R. à partir des mêmes allégations. Enfin, il s'agissait

based on credibility which makes it particularly difficult to establish an absence of reasonable and probable cause. While it may be easy in hindsight to say that the evidence of the children lacked credibility, “[c]learly an experienced trial judge found the evidence credible” (para. 259). In the view of Vancise J.A., reliance on the findings of those courts did not constitute improper “bootstrapping” of the kind discussed in *Proulx*.

[95] As indicated at the outset of these reasons, no useful purpose would be served at the conclusion of this painful saga by revisiting the nature of the allegations against the respondents and determining whether they met the objective standard of reasonable and probable cause. However, it is necessary to deal with the trial judge’s conclusion that Miazga did not have a subjective belief in the existence of reasonable and probable grounds because it formed the basis for the majority in the court below to conclude that malice had been proven.

[96] I agree with Vancise J.A. that the trial judge’s basis for concluding that Miazga did not have the requisite subjective belief amounts to a palpable and overriding error and, as such, is not entitled to deference. Miazga testified that while he did not believe the ritualistic or satanic aspect of the allegations (which were not made against these respondents), he believed the children. The trial judge did not reject this testimony but faulted Miazga for failing to state that he believed in the respondents’ “probable guilt”. However, even if he had so testified, his testimony would have been rejected because, in the trial judge’s view, the children’s allegations could not possibly give rise to a reasonable belief in probable guilt. I agree with Vancise J.A., for the reasons that he gave, that this conclusion is not supported by the evidence. I also agree that, in the circumstances of this case, reliance on the findings of courts in antecedent proceedings does not amount to improper “bootstrapping”, but simply belies the trial judge’s assertion that no one could possibly have believed the children.

d’une question de crédibilité, de sorte qu’il était particulièrement difficile d’établir l’absence de motifs raisonnables et probables. Il est facile d’affirmer après coup que les témoignages des enfants étaient peu crédibles, mais il demeure [TRADUCTION] « qu’un juge d’expérience les a de toute évidence trouvés dignes de foi » (par. 259). Selon le juge Vancise, ce n’était pas recourir à une assise indue au sens de l’arrêt *Proulx* que d’invoquer ces autres décisions.

[95] Comme je l’indique au début des présents motifs, il ne servirait à rien, à l’issue de cette douloureuse saga, de réexaminer la nature des allégations formulées contre les intimés et de déterminer si elles satisfaisaient à la norme objective des motifs raisonnables et probables. Il faut toutefois se pencher sur la conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Miazga ne croyait pas subjectivement à l’existence de tels motifs, car c’est sur elle que se fondent les juges majoritaires de la Cour d’appel pour déterminer que la malveillance a été prouvée.

[96] Je partage l’opinion du juge Vancise que cette conclusion du juge de première instance équivaut à une erreur manifeste et dominante, de sorte qu’elle ne justifie aucune déférence. Monsieur Miazga a témoigné qu’il n’avait pas ajouté foi aux allégations de pratiques rituelles ou d’actes sataniques (qui ne visaient pas les intimés), mais qu’il avait cru les enfants. Le juge de première instance n’a pas écarté ce témoignage, mais il a reproché à M. Miazga de ne pas avoir dit qu’il croyait à la [TRADUCTION] « culpabilité probable » des intimés. Toutefois, même si M. Miazga l’avait précisé, son témoignage n’aurait pas été retenu, car le juge estimait que les allégations des enfants ne pouvaient faire naître une croyance raisonnable à la culpabilité probable des intimés. Comme le juge Vancise, et pour les motifs qu’il expose, je suis d’avis que cette conclusion n’est pas étayée par la preuve. J’estime également que dans les circonstances de l’espèce, ce n’est pas recourir à une assise indue que d’invoquer les conclusions de tribunaux tirées dans des affaires connexes antérieures et que ces conclusions démentent simplement l’affirmation du juge de première instance que nul n’aurait pu croire les enfants.

[97] I wish to add a general comment about “bootstrapping”. Generally speaking, in an action for malicious prosecution, “bootstrapping” occurs when a prosecutor argues that he or she had reasonable and probable grounds to commence or continue a prosecution on the basis of subsequent judicial determinations made at the preliminary inquiry or the trial itself. While a determination of guilt at a criminal proceeding is not determinative of the reasonable and probable cause question under the third prong of the test for malicious prosecution, it is a relevant factor that may be properly considered in ascertaining the existence or absence of reasonable cause. Giving weight to antecedent judicial determinations works to ensure consistency between the criminal and civil justice systems. The intervener the Attorney General of Canada explains the justification for this practice at para. 20 of its factum:

Giving evidentiary weight in a civil action to the fact that a *prima facie* case of guilt was found in earlier criminal proceedings takes into account the jurisdiction of the criminal court and the similarity of the facts in dispute. Neither a committal after a preliminary inquiry nor a dismissal of a non-suit motion at the close of the Crown’s case in a trial is necessarily determinative of the reasonable and probable cause issue, but those determinations are objectively compelling, at least where no new facts have emerged. The judicial decisions in the criminal process may thus support a finding by a civil court that reasonable and probable cause for prosecution existed.

Absent a fundamental flaw in the criminal proceedings relied upon, it is perfectly reasonable that antecedent judicial determinations may support a finding by a civil court that there existed reasonable and probable cause for an impugned criminal prosecution.

[98] I now turn to the question of malice.

[99] The majority in the court below accurately stated the legal framework for malicious prosecution (at paras. 80-96), in accordance with both *Nelles* and *Proulx*. Where the majority appears to

[97] Je me permets une remarque générale sur la question de l’« assise indue ». En règle générale, dans une action pour poursuites abusives, il y a recours à une « assise indue » lorsque le poursuivant fait valoir qu’il avait des motifs raisonnables et probables d’engager la poursuite ou de la continuer étant donné les décisions judiciaires subséquentes rendues à l’enquête préliminaire ou au procès lui-même. Bien qu’un verdict de culpabilité ne permette pas de conclure à l’existence de motifs raisonnables et probables suivant le troisième volet du critère applicable aux poursuites abusives, il peut néanmoins être légitimement pris en compte pour déterminer si de tels motifs existaient. Le poids accordé aux décisions judiciaires antérieures assure la cohérence des systèmes de justice criminelle et civile. L’intervenant le procureur général du Canada le justifie comme suit au par. 20 de son mémoire :

[TRADUCTION] Dans une instance civile, accorder une valeur probante à une preuve *prima facie* de culpabilité dans une instance criminelle antérieure tient compte de la compétence de la juridiction criminelle et de la similitude des faits en cause. Ni la citation à procès à l’issue de l’enquête préliminaire ni le rejet d’une demande de non-lieu à la clôture de la preuve du ministère public lors du procès ne sont nécessairement décisifs quant à l’existence de motifs raisonnables et probables, mais ces décisions sont objectivement probantes, du moins lorsque aucun fait nouveau n’est invoqué. Une décision judiciaire rendue au cours du processus criminel peut donc étayer la conclusion d’un tribunal civil qu’il existait des motifs raisonnables et probables.

Dans la mesure où l’instance pénale dont on se réclame n’est pas entachée d’un vice fondamental, il est tout à fait sensé qu’une décision judiciaire antérieure puisse fonder la conclusion du tribunal civil que la poursuite criminelle contestée a été engagée sur la base de motifs raisonnables et probables.

[98] Je passe maintenant à la question de l’intention malveillante.

[99] Les juges majoritaires de la Cour d’appel énoncent correctement le cadre d’analyse applicable à l’allégation de poursuites abusives (aux par. 80-96), conformément aux arrêts *Nelles* et *Proulx*.

have taken the wrong path, in my respectful view, is at the following passage (at para. 97):

There is a good deal of merit to the argument for a test requiring some proof of malice in addition to and independent of the lack of reasonable and probable cause. However, as will be seen from our conclusion in this case, the test cannot be reduced to such a rigid formula. As stated in *Proulx*, at para. 37, in determining an issue of malice, “it is the totality of all the circumstances that are to be considered in cases of this kind”. [Emphasis added.]

[100] The majority of the Court of Appeal relied on the “totality of all the circumstances” requirement in *Proulx* to forgo the need for evidence beyond absence of reasonable and probable cause to prove that Miazga was in fact actuated by an improper purpose. As recounted at the outset of these reasons, the Court of Appeal was unanimous in overturning virtually all of the facts relied upon by the trial judge as indicative of malice on the part of Miazga. Without identifying any improper purpose, the majority then concluded (at para. 132) that “there is one aspect of the trial judge’s determination that there was lack of reasonable and probable cause that clearly and unequivocally tips the balance against Miazga” (emphasis added) — the finding that Miazga did not subjectively hold an honest belief in the guilt of the respondents. By concluding that Miazga’s lack of subjective belief in the existence of grounds was sufficient to ground a finding of malice, the majority, with respect, fell prey to the very error they correctly identify as problematic in the trial judge’s reasons (at para. 131):

... what seems to be missing from the reasons for judgment is any explanation of why the [trial] judge considered the actions in question to indicate malice in the sense of some improper purpose, rather than merely indications of simple bad judgment, negligence or recklessness. It seems to us that most of the actions are equivocal in indicating the prosecutor’s intentions.

[101] As explained earlier, the malice element of malicious prosecution requires proof of an improper purpose so as to differentiate between

À mon avis, ils font toutefois fausse route lorsqu’ils affirment ce qui suit (par. 97) :

[TRADUCTION] Il est assez justifié de préconiser l’exigence d’une preuve de malveillance en sus de l’absence de motifs raisonnables et probables. Or, comme il appert de notre conclusion en l’espèce, on ne peut ramener le critère applicable en la matière à une formule aussi rigide. Comme l’établit l’arrêt *Proulx* (par. 37), pour statuer sur la malveillance, « c’est l’ensemble des circonstances qui doit être pris en considération dans des affaires de ce genre ». [Je souligne.]

[100] S’appuyant sur cette obligation de tenir compte de « l’ensemble des circonstances » qui découle de l’arrêt *Proulx*, les juges majoritaires de la Cour d’appel font abstraction de la nécessité d’une autre preuve que la seule absence de motifs raisonnables et probables pour établir que M. Miazga était en fait mû par un but illégitime. Comme je l’indique au début des présents motifs, la Cour d’appel écarte unanimement presque tous les faits qui, selon le juge de première instance, constituent des indices de la malveillance de M. Miazga. Sans relever de but illégitime, les juges majoritaires concluent ensuite (au par. 132) qu’[TRADUCTION] « un aspect de la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n’existait pas de motifs raisonnables et probables fait nettement pencher la balance contre M. Miazga » (je souligne), à savoir que ce dernier ne croyait pas sincèrement, en son for intérieur, à la culpabilité des intimés. En statuant que l’absence de croyance subjective à l’existence de tels motifs permettait de conclure à la malveillance, les juges majoritaires, à mon humble avis, commettent à leur tour l’erreur qu’ils reprochent à juste titre au juge de première instance (par. 131) :

[TRADUCTION] ... ce qui paraît manquer dans les motifs c’est une explication de ce qui amène le juge [de première instance] à considérer que les actes en question dénotent de la malveillance au sens de la poursuite d’un but illégitime, et non simplement un manque de discernement, de la négligence ou de l’insouciance. La plupart de ces actes constituent à notre avis des indices ambigus en ce qui a trait à l’intention du procureur de la Couronne.

[101] Ainsi qu’on l’a vu, en matière de poursuites abusives, la malveillance exige la preuve d’un but illégitime afin de distinguer les actes qui ne

prosecutorial conduct that is not actionable and that which is, by virtue of the fact that it brings the prosecutor outside of his or her role as “minister of justice”. As Vancise J.A. aptly noted, neither the plaintiffs nor the courts below have pointed to any such improper purpose that impelled Miazga to prosecute the respondents.

6. Conclusion and Disposition

[102] In the result, I would allow the appeal and dismiss the action. As the appellant does not request costs, I make no order as to costs.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitors for the respondents Estate of Dennis Kvello (by his personal representative, Diane Kvello), Diane Kvello, S.K.1, S.K.2., Pamela Sharpe, Estate of Marie Klassen (by her personal representative, Peter Dale Klassen), John Klassen, Myrna Klassen, Peter Dale Klassen and Anita Janine Klassen: Borden Holgate Law Office, Saskatoon.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

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

Solicitors for the interveners the Attorney General of Quebec and the Director of Criminal and Penal Prosecutions of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Miramichi.

confèrent pas de droit d'action de ceux qui en confèrent un parce qu'ils ne relèvent pas du rôle d'un « représentant de la justice ». Comme le signale le juge Vancise avec justesse, ni les demandeurs ni les juridictions inférieures ne relèvent quelque but illégitime qui aurait incité M. Miazga à poursuivre les intimés.

6. Conclusion et dispositif

[102] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter l'action. Comme l'appelant n'a pas demandé l'adjudication de dépens, aucune ordonnance n'est rendue à ce sujet.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Procureurs des intimés Succession Dennis Kvello (représentée par Diane Kvello), Diane Kvello, S.K.1, S.K.2, Pamela Sharpe, Succession Marie Klassen (représentée par Peter Dale Klassen), John Klassen, Myrna Klassen, Peter Dale Klassen et Anita Janine Klassen : Borden Holgate Law Office, Saskatoon.

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

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

Procureurs des intervenants le procureur général du Québec et le Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Miramichi.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Crown Counsel: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Solicitors for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des juristes de l'État : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant/
Respondent on cross-appeal*

v.

**Udhe Singh (Dave) Basi, Bobby Singh Virk
and Aneal Basi** *Respondents/Appellants on
cross-appeal*

and

**Director of Public Prosecutions of Canada,
Attorney General of Ontario, Canadian
Association of Chiefs of Police and Criminal
Lawyers' Association (Ontario)** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. BASI

Neutral citation: 2009 SCC 52.

File No.: 32719.

2009: April 22; 2009: November 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Evidence — Informer privilege —
Objection to disclosure of information — Whether trial
judge erred in permitting defence counsel to attend
in camera hearing sought by Crown to establish claim
of informer privilege — Canada Evidence Act, R.S.C.
1985, c. C-5, s. 37.*

*Criminal law—Appeals—Disclosure order—Crown
claim of informer privilege — Trial judge ruling that
defence counsel could attend in camera hearing sought
by Crown to establish claim of informer privilege sub-
ject to undertakings and court order — Whether Court
of Appeal lacked jurisdiction to hear Crown's appeal —
Whether trial judge's decision constituted "disclosure
order" subject to immediate appeal — Canada Evidence
Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 37.1.*

Sa Majesté la Reine *Appelante/Intimée à
l'appel incident*

c.

**Udhe Singh (Dave) Basi, Bobby Singh Virk
et Aneal Basi** *Intimés/Appellants à l'appel
incident*

et

**Directeur des poursuites pénales du Canada,
procureur général de l'Ontario, Association
canadienne des chefs de police et Criminal
Lawyers' Association (Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. BASI

Référence neutre : 2009 CSC 52.

N° du greffe : 32719.

2009 : 22 avril; 2009 : 19 novembre.

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

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

*Droit criminel — Preuve — Privilège de l'indica-
teur — Objection à la divulgation de renseignements —
La juge du procès a-t-elle permis à tort aux avocats de la
défense d'être présents à l'audience à huis-clos deman-
dée par le ministère public en vue d'établir la revendica-
tion du privilège de l'indicateur? — Loi sur la preuve au
Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 37.*

*Droit criminel — Appels — Ordonnance de divulga-
tion — Revendication du privilège de l'indicateur par le
ministère public — Décision de la juge du procès per-
mettant aux avocats de la défense, sous réserve d'enga-
gements et de l'ordonnance du tribunal, d'être présents à
l'audience à huis-clos demandée par le ministère public
en vue d'établir la revendication du privilège de l'indi-
cateur — La Cour d'appel avait-elle compétence pour
entendre l'appel du ministère public? — La décision de
la juge du procès constituait-elle une « ordonnance de
divulgation » susceptible d'appel immédiat? — Loi sur
la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 37.1.*

The accused were charged with corruption, fraud, and breach of trust under the *Criminal Code*. Given that some material produced on an application for disclosure had been blacked out, defence counsel applied for “unredacted” copies. The Crown objected, claiming informer privilege. The Crown contended that the claim could not be properly established without live testimony by a police officer, and insisted on an *in camera* and *ex parte* hearing. Defence counsel objected to the *ex parte* nature of the hearing and applied for permission to attend, without their clients. When the trial judge held that defence counsel could participate fully in the *in camera* hearing so long as they were subject to a court order and undertakings, the Crown invoked s. 37 of the *Canada Evidence Act* (“CEA”), which provides for non-disclosure where a public interest is at stake. The trial judge affirmed her previous decision, and the Court of Appeal, in a majority decision, dismissed the Crown’s appeal made pursuant to s. 37.1 of the CEA and upheld the trial judge’s ruling. The Crown then appealed to this Court on the issue of whether the trial judge erred in permitting defence counsel to attend the *in camera* hearing, and the accused cross-appealed on the issue of whether the Court of Appeal had jurisdiction to hear the Crown’s appeal.

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

While everyone charged with a criminal offence in Canada is constitutionally entitled to full and timely disclosure of all relevant material under the control of the Crown, the entitlement to disclosure is neither absolute nor unlimited. Where informer privilege has been claimed by the Crown, an accused’s constitutional right to make full answer and defence does not alone trigger an exception to the privilege. It is only where innocence is at stake that the privilege yields and information tending to reveal the identity of the informant can be disclosed. The strictness of the privilege is not relaxed when s. 37 of the CEA is invoked to protect it, and the privilege is not amenable to the sort of public interest balancing contemplated by s. 37(5). No 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. It follows that the trial judge erred in permitting defence counsel to attend the *in camera* hearing to determine the existence of an informer privilege where, in the course of the hearing, information

Les accusés ont été inculpés de corruption, de fraude et d’abus de confiance en vertu du *Code criminel*. Comme certaines parties des documents produits en réponse à une demande de communication de la preuve avaient été complètement noircies, les avocats de la défense ont demandé des copies « non expurgées ». Revendiquant le privilège de l’indicateur, le ministère public s’est opposé et a fait valoir qu’il ne pouvait valablement établir sa revendication sans faire témoigner de vive voix un policier. Il a insisté sur la nécessité d’une audience à huis clos et *ex parte*. Les avocats de la défense se sont opposés au caractère *ex parte* de l’audience et ont demandé la permission d’y assister, sans leurs clients. Lorsque la juge du procès a conclu que, dans la mesure où les avocats de la défense étaient assujettis à l’ordonnance du tribunal et étaient liés par des engagements, ils pouvaient participer pleinement à l’audience à huis clos, le ministère public a invoqué l’art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* (« LPC »), qui permet la non-divulgence lorsque des raisons d’intérêt public sont en jeu. La juge du procès a confirmé sa décision et la Cour d’appel à la majorité a rejeté l’appel interjeté par le ministère public en vertu de l’art. 37.1 de la LPC et a confirmé la décision de la juge du procès. Le ministère public a interjeté appel à notre Cour sur la question de savoir si la juge du procès avait eu tort de permettre aux avocats de la défense d’être présents à l’audience à huis clos, et dans un pourvoi incident, les accusés ont demandé si la Cour d’appel avait compétence pour entendre l’appel du ministère public.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

Toute personne accusée d’une infraction criminelle au Canada a le droit constitutionnel de recevoir communication en temps utile de tous les documents pertinents qui sont sous le contrôle du ministère public, mais le droit à la communication de la preuve n’est ni absolu ni illimité. Lorsque le ministère public a invoqué le privilège de l’indicateur, le droit constitutionnel d’un accusé de présenter une défense pleine et entière n’appelle pas à lui seul une exception au privilège de l’indicateur. Ce n’est que si l’innocence est en jeu que le privilège cède le pas et que les renseignements tendant à révéler l’identité de l’indicateur peuvent être divulgués. Le privilège de l’indicateur ne perd pas son caractère strict lorsque l’art. 37 de la LPC est invoqué pour le protéger, et il ne peut donner lieu à l’exercice de pondération de l’intérêt public envisagé au par. 37(5). Nul 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. Il s’ensuit que la juge du procès a commis une erreur en permettant aux avocats

tending to reveal the identity of the putative informer is bound to be revealed. However, where a hearing is required to resolve a Crown claim of privilege, the accused and defence counsel should be excluded from the proceedings only when the identity of the confidential informant cannot be otherwise protected. And, even then, only to the necessary extent. The trial judge will be in a better position to decide how best to craft safeguards that mitigate any potential unfairness arising from the *ex parte* nature of the proceedings. Lastly, s. 650 of the *Criminal Code* applies only to the presence of the accused at trial and has no application to the trial judge's decision under s. 37 of the CEA. An application under s. 37 is a discrete proceeding, separate from and only ancillary to the criminal trial, and is therefore not caught by s. 650. [1] [22-23] [34] [43-44] [50] [53] [58]

The trial judge's decision amounted to a "disclosure order" within the meaning of s. 37.1 of the CEA and the Court of Appeal had jurisdiction to hear the Crown's appeal. The inevitable result of the trial judge's decision was to require the Crown to reveal to defence counsel information over which the informer privilege had been claimed. As defence counsel are outside the "circle of privilege", permitting them access to this information — even subject to court orders and undertakings — constitutes inevitable disclosure of the information. While the trial judge sought to restrict this disclosure of privileged information to defence counsel by prohibiting them from sharing it with any one else, her decision constituted an order of disclosure nonetheless. Furthermore, the trial judge clearly stated that her decision was subject to immediate appeal under the CEA. [30] [32]

Cases Cited

Applied: *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; **referred to:** *R. v. Fisk* (1996), 108 C.C.C. (3d) 63; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. G*, [2004] EWCA Crim 1368, [2004] 2 Cr. App. R. 37 (p. 630); *R. v. Pilotte* (2002), 156 O.A.C. 1; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350.

de la défense d'assister à l'audience à huis clos visant à déterminer l'existence d'un privilège de l'indicateur lorsque, dans le cours de l'audience, des renseignements tendant à dévoiler l'identité du présumé indicateur vont être révélés. Toutefois, lorsqu'une audience est requise pour trancher une revendication de privilège présentée par le ministère public, l'accusé et les procureurs de la défense ne devraient être exclus de l'instance que si l'identité de l'indicateur confidentiel ne peut être protégée autrement. Et même alors, seulement dans la mesure qui s'avère nécessaire. Le juge du procès sera mieux à même de déterminer la meilleure façon d'élaborer des mesures propres à atténuer toute iniquité résultant de la nature *ex parte* de l'instance. Enfin, l'art. 650 du *Code criminel* s'applique uniquement à la présence de l'accusé au procès et ne s'applique pas à la décision qu'a rendue la juge du procès en vertu de l'art. 37 de la LPC. Une demande faite en vertu de l'art. 37 est une instance distincte, indépendante et simplement accessoire au procès criminel et n'est donc pas visée par l'art. 650. [1] [22-23] [34] [43-44] [50] [53] [58]

La décision de la juge du procès constituait une « ordonnance de divulgation » visée à l'art. 37.1 de la LPC et la Cour d'appel avait compétence pour entendre l'appel du ministère public. La décision de la juge du procès a eu pour résultat inévitable d'obliger le ministère public à révéler aux avocats de la défense les renseignements à l'égard desquels le privilège de l'indicateur avait été revendiqué. Les avocats de la défense se trouvant en dehors du « cercle du privilège », leur permettre l'accès à ces renseignements — même sous réserve d'ordonnances du tribunal et d'engagements — constitue une divulgation inévitable des renseignements. Alors que la juge du procès a cherché à restreindre cette divulgation de renseignements privilégiés aux avocats de la défense en leur interdisant de les communiquer à qui que ce soit, sa décision n'en constituait pas moins une ordonnance de divulgation. En outre, la juge du procès a clairement indiqué que sa décision était susceptible d'un appel immédiat en vertu de la LPC. [30] [32]

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; **arrêts mentionnés :** *R. c. Fisk* (1996), 108 C.C.C. (3d) 63; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. G*, [2004] EWCA Crim 1368, [2004] 2 Cr. App. R. 37 (p. 630); *R. c. Pilotte* (2002), 156 O.A.C. 1; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 37, 37.1, 37.2.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 650.

Authors Cited

Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. *The Law of Privilege in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated May 2009, release No. 8).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Ryan and Donald J.J.A.), 2008 BCCA 297, 257 B.C.A.C. 253, 432 W.A.C. 253, 235 C.C.C. (3d) 383, 59 C.R. (6th) 165, [2008] B.C.J. No. 1300 (QL), 2008 CarswellBC 1436, affirming a decision of Bennett J., 2007 BCSC 1898, 170 C.R.R. (2d) 275, [2007] B.C.J. No. 2816 (QL), 2007 CarswellBC 3162. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

William S. Berardino, Q.C., Janet L. Winteringham, Q.C., Michael Sobkin and Andrea N. Mackay, for the appellant/respondent on cross-appeal.

P. Michael Bolton, Q.C., and Claire E. Hatcher, for the respondent/appellant on cross-appeal Udhe Singh Basi.

Joseph J. Blazina and Kevin G. McCullough, for the respondent/appellant on cross-appeal Bobby Singh Virk.

Joseph M. Doyle and Erin D. Dance, for the respondent/appellant on cross-appeal Aneal Basi.

W. Paul Riley and François Lacasse, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

Robert W. Hubbard and Christopher Webb, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Greg Preston and Mark Unchulenko, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 650.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 37, 37.1, 37.2.

Doctrine citée

Hubbard, Robert W., Susan Magotiaux and Suzanne M. Duncan. *The Law of Privilege in Canada*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated May 2009, release No. 8).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Ryan et Donald), 2008 BCCA 297, 257 B.C.A.C. 253, 432 W.A.C. 253, 235 C.C.C. (3d) 383, 59 C.R. (6th) 165, [2008] B.C.J. No. 1300 (QL), 2008 CarswellBC 1436, qui a confirmé une décision de la juge Bennett, 2007 BCSC 1898, 170 C.R.R. (2d) 275, [2007] B.C.J. No. 2816 (QL), 2007 CarswellBC 3162. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

William S. Berardino, c.r., Janet L. Winteringham, c.r., Michael Sobkin et Andrea N. Mackay, pour l'appelante/intimée à l'appel incident.

P. Michael Bolton, c.r., et Claire E. Hatcher, pour l'intimé/appelant à l'appel incident Udhe Singh Basi.

Joseph J. Blazina et Kevin G. McCullough, pour l'intimé/appelant à l'appel incident Bobby Singh Virk.

Joseph M. Doyle et Erin D. Dance, pour l'intimé/appelant à l'appel incident Aneal Basi.

W. Paul Riley et François Lacasse, pour l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada.

Robert W. Hubbard et Christopher Webb, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Greg Preston et Mark Unchulenko, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

Anil K. Kapoor and Lindsay L. Daviau, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I

[1] Everyone charged with a criminal offence in Canada is constitutionally entitled to full and timely disclosure of all relevant material under the control of the Crown. To withhold that material without justification is to jeopardize impermissibly the right of the accused to make full answer and defence. The entitlement to disclosure must therefore be broadly construed. But it is neither absolute nor unlimited.

[2] The limit that concerns us here is a function of the “informer privilege”, which prohibits disclosure of the identity of confidential informants.

[3] More particularly, we are required to decide whether the trial judge erred in permitting defence counsel to attend the *in camera* hearing sought by the Crown to establish its claim of informer privilege. With respect, I believe that she did.

[4] The judge’s order was intended to safeguard the privilege by prohibiting defence counsel from disclosing to anyone, including the accused — their own clients — anything they learned at the hearing. In fact, however, the order exposed the privilege to imminent demise, since information tending to reveal the identity of the putative informer was bound to be revealed in the course of the hearing. Defence counsel would thus have been made privy to what the informer privilege is meant to deny them.

Anil K. Kapoor et Lindsay L. Daviau, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] Toute personne accusée d'une infraction criminelle au Canada a le droit constitutionnel de recevoir communication en temps utile de tous les documents pertinents qui sont sous le contrôle du ministère public. Ne pas communiquer ces documents sans justification équivaut à mettre irrégulièrement en péril le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Le droit à la communication de la preuve doit donc être interprété largement. Mais ce droit n'est ni absolu ni illimité.

[2] La limite qui nous intéresse en l'espèce est un aspect du « privilège de l'indicateur » qui interdit la divulgation de l'identité d'indicateurs confidentiels.

[3] Plus précisément, nous sommes appelés à déterminer si la juge du procès a eu tort de permettre aux avocats de la défense d'être présents à l'audience à huis clos que demandait le ministère public en vue d'établir sa revendication du privilège de l'indicateur. Avec égards, je crois qu'elle a commis une erreur.

[4] L'ordonnance de la juge visait à préserver le privilège en interdisant aux avocats de la défense de divulguer à qui que ce soit, y compris les accusés — leurs propres clients — ce qu'ils pouvaient apprendre à l'audience. En fait, l'ordonnance exposait plutôt le privilège à une disparition imminente puisque des renseignements susceptibles de dévoiler l'identité du présumé indicateur allaient nécessairement être révélés au cours de l'audience. Les avocats de la défense auraient ainsi obtenu les renseignements que le privilège de l'indicateur est censé leur refuser.

[5] For the reasons of Ryan J.A., dissenting at the Court of Appeal, and for the reasons that follow, I would therefore allow the Crown's appeal and return the case to the trial court for determination of the Crown's claim of informer privilege in accordance with the procedure set out below.

II

[6] The respondents are charged with corruption, fraud, and breach of trust in relation to the sale of B.C. Rail's freight railway operations by the provincial government. The decision on appeal was one of a series of pre-trial orders arising out of a lengthy application for disclosure. In response to their requests, the accused received more than 100,000 documents, including police notes and reports that had been redacted. Some pages were completely blacked out.

[7] Defence counsel applied to the court for "unredacted" copies. The Crown objected, claiming the informer privilege.

[8] The trial judge, Bennett J. (as she then was), proposed that the Crown submit the documents in question under seal, accompanied by an affidavit explaining the basis upon which the privilege was claimed. The trial judge preferred to test the privilege on a paper record that could be edited to protect the privilege, while permitting counsel to respond to the claim.

[9] The Crown contended that it could not properly establish its claim of privilege without approximately one hour of live testimony by a police officer. And the Crown insisted on an *in camera* and *ex parte* hearing for that purpose.

[5] Pour les motifs énoncés par la juge Ryan de la Cour d'appel, dissidente, et pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi du ministère public et de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance pour qu'il se prononce sur la revendication du privilège de l'indicateur par le ministère public conformément à la procédure établie ci-après.

II

[6] Les intimés sont accusés de corruption, de fraude et d'abus de confiance relativement à la vente, par le gouvernement provincial, des services de transport ferroviaire de marchandises de B.C. Rail. La décision frappée d'appel s'inscrit dans une série d'ordonnances préliminaires résultant d'une imposante demande de communication de la preuve. En réponse à leurs demandes, les accusés ont reçu plus de 100 000 documents, dont des notes et des rapports de police qui avaient été expurgés. Certaines pages avaient été complètement noircies.

[7] Les avocats de la défense ont demandé au tribunal que des copies [TRADUCTION] « non expurgées » leurs soient remises. Le ministère public s'est opposé, revendiquant le privilège de l'indicateur.

[8] La juge du procès, la juge Bennett (maintenant à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique), a proposé que le ministère public soumette les documents en cause sous scellés, accompagnés d'un affidavit expliquant le fondement de la revendication du privilège. La juge du procès préférerait vérifier l'existence du privilège à partir de documents sur papier pouvant être révisés pour protéger le privilège, tout en permettant aux avocats de répondre à la revendication.

[9] Le ministère public a fait valoir qu'il ne pouvait valablement établir l'existence du privilège qu'il revendiquait sans faire témoigner de vive voix un policier pendant environ une heure. Et il a insisté sur la nécessité de tenir à cette fin une audience à huis clos et *ex parte*.

[10] Defence counsel objected to the *ex parte* nature of the hearing and applied for permission to attend, without their clients. They agreed to submit to a court order and undertakings not to divulge any privileged information to anybody, including the accused. Counsel had obtained authorizations from their clients in this regard.

[11] Bennett J., relying in part on *R. v. Fisk* (1996), 108 C.C.C. (3d) 63 (B.C.C.A.), held that so long as defence counsel were subject to the court order and undertakings, they could participate fully in the *in camera* hearing: 2007 BCSC 1888, 170 C.R.R. (2d) 260. Justice Bennett's reasons were based both on the common law of privilege and s. 650 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which establishes an accused's right to remain present at trial.

[12] In the course of her reasons, Bennett J. noted that the Crown could invoke s. 37 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 ("CEA"), which provides for non-disclosure where a public interest — such as the informer privilege — is at stake. Importantly, the CEA provides the Crown with an immediate right of appeal of certain evidentiary orders.

[13] Section 37(1) reads:

37. (1) Subject to sections 38 to 38.16, a Minister of the Crown in right of Canada or other official may object to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying orally or in writing to the court, person or body that the information should not be disclosed on the grounds of a specified public interest.

[14] The Crown invoked s. 37 upon the release of the Justice Bennett's reasons. The next day, Justice Bennett issued additional reasons, affirming that even under s. 37, defence counsel could attend the *in camera* hearing, subject to undertakings and a

[10] Les avocats de la défense se sont opposés au caractère *ex parte* de l'audience et ont demandé la permission d'y assister, sans leurs clients. Ils ont accepté de se soumettre à une ordonnance et de s'engager à ne divulguer aucun renseignement privilégié à qui que ce soit, y compris les accusés. Les avocats avaient obtenu de leurs clients des autorisations à cet égard.

[11] S'appuyant en partie sur la décision *R. c. Fisk* (1996), 108 C.C.C. (3d) 63 (C.A.C.-B.), la juge Bennett a conclu que, dans la mesure où les avocats de la défense étaient assujettis à l'ordonnance du tribunal et étaient liés par des engagements, ils pouvaient participer pleinement à l'audience à huis clos : 2007 BCSC 1888, 170 C.R.R. (2d) 260. Les motifs de la juge Bennett étaient fondés sur les règles de la common law en matière de privilège et sur l'art. 650 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui établit le droit de l'accusé de demeurer présent pendant son procès.

[12] Dans ses motifs, la juge Bennett a souligné que le ministère public pouvait invoquer l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (« LPC »), qui permet la non-divulgateion lorsque des raisons d'intérêt public — tel le privilège de l'indicateur — sont en jeu. Fait important, la LPC donne au ministère public le droit d'interjeter immédiatement appel de certaines ordonnances en matière de preuve.

[13] Le paragraphe 37(1) de la LPC prévoit ce qui suit :

37. (1) Sous réserve des articles 38 à 38.16, tout ministre fédéral ou tout fonctionnaire peut s'opposer à la divulgation de renseignements auprès d'un tribunal, d'un organisme ou d'une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements, en attestant verbalement ou par écrit devant eux que, pour des raisons d'intérêt public déterminées, ces renseignements ne devraient pas être divulgués.

[14] Le ministère public a invoqué l'art. 37 au moment du prononcé des motifs de la juge Bennett. Le lendemain, dans des motifs supplémentaires, la juge Bennett a affirmé que, même aux termes de l'art. 37, les avocats de la défense pouvaient

court order: 2007 BCSC 1898, 170 C.R.R. (2d) 275. The Crown immediately inscribed the appeal that concerns us here.

[15] In the Court of Appeal (2008 BCCA 297, 59 C.R. (6th) 165), Finch C.J.B.C. held that the court lacked jurisdiction to hear the Crown's appeal. In his view, Bennett J.'s decision did not amount to a "disclosure order" within the meaning of s. 37.1 of the CEA and was for that reason not subject to immediate appeal under that provision. In the alternative, Chief Justice Finch held that the procedure devised by the trial judge was permissible. Donald J.A. concurred on the latter ground only.

[16] Ryan J.A. dissented. She found that the trial judge's decision did indeed constitute a "disclosure order" subject to immediate appeal under the CEA. With regard to the substance of Bennett J.'s order, Justice Ryan concluded that the presence of defence counsel at the *in camera* hearing would result in a breach of the informer privilege.

[17] In Justice Ryan's view, the court order and undertakings not to disclose did not cure this breach. As the sole exception to the privilege — where innocence is at stake — was not engaged, defence counsel could not be permitted to attend the hearing.

[18] The Crown now appeals, with leave, to this Court. And the accused, in their cross-appeal, submit that the Court of Appeal lacked jurisdiction to hear the Crown's "interlocutory" appeal (Factum of Mr. Virk on Cross-Appeal, at para. 14). I shall first consider the jurisdictional issue and then turn to the merits of Justice Bennett's order.

assister à l'audience à huis clos, sous réserve de remettre des engagements et de se conformer à une ordonnance du tribunal : 2007 BCSC 1898, 170 C.R.R. (2d) 275. Le ministère public a immédiatement inscrit l'appel qui nous occupe en l'espèce.

[15] En Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2008 BCCA 297, 59 C.R. (6th) 165), le juge en chef Finch a conclu que la cour n'avait pas compétence pour entendre l'appel du ministère public. Selon lui, la décision de la juge Bennett ne constituait pas une « ordonnance de divulgation » visée à l'art. 37.1 de la LPC et elle ne pouvait donc pas faire l'objet d'un appel immédiat en vertu de cette disposition. Subsidiairement, le juge en chef Finch a estimé que la procédure conçue par la juge du procès était acceptable. Le juge Donald a souscrit à son opinion, mais uniquement pour ce dernier motif.

[16] La juge Ryan a inscrit sa dissidence. Elle a estimé que la décision du juge du procès constituait bel et bien une « ordonnance de divulgation » susceptible d'appel immédiat en vertu de la LPC. En ce qui concerne la teneur de l'ordonnance rendue par la juge Bennett, la juge Ryan a conclu que la présence des avocats de la défense à l'audience à huis clos entraînerait une atteinte au privilège de l'indicateur.

[17] Selon la juge Ryan, l'ordonnance du tribunal et les engagements de non-divulgation ne remédiaient pas à cette atteinte. Étant donné que la seule exception au privilège — l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé — n'était pas en jeu, les avocats de la défense ne pouvaient pas être autorisés à assister à l'audience.

[18] Le ministère public interjette maintenant appel avec l'autorisation de notre Cour. Et les accusés, dans leur pourvoi incident, soutiennent que la Cour d'appel n'avait pas compétence pour entendre l'appel « interlocutoire » du ministère public (mémoire de M. Virk à l'égard du pourvoi incident, par. 14). J'examinerai d'abord la question juridique avant de me prononcer sur le bien-fondé de l'ordonnance de la juge Bennett.

III

[19] The Court has indeed held, as the appellant submits, that “all criminal appeals are statutory and that there should be no interlocutory appeals in criminal matters”: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 959. This is, of course, a criminal matter, but the appeal relates to an incidental and separate proceeding under s. 37 of the CEA and Parliament has expressly provided in ss. 37.1 and 37.2 of the CEA for an immediate appeal as of right to the court of appeal, and further appeals, with leave, to this Court.

[20] This right of appeal is limited by the CEA, however, to a “determination under any of subsections 37(4.1) to (6)”. Section 37(6) is concerned with prohibition orders and has no application here. The jurisdiction of the Court of Appeal thus depended on whether the trial judge’s decision amounted to a determination under either s. 37(4.1) or s. 37(5).

[21] Section 37(4.1) provides that a court “may authorize by order the disclosure of the information” over which privilege is claimed “[u]nless the court . . . concludes that the disclosure . . . would encroach upon a specific public interest”. Section 37(5) adds that even where a specified public interest is engaged, disclosure may nevertheless be ordered — subject to conditions — if the public’s interest in disclosure outweighs a specified public interest that militates against disclosure.

[22] The “specified public interest” at issue in this case is the protection of the identity of informers, more generally known as the “informer privilege”. The informer privilege is a class privilege, subject only to the “innocence at stake” exception. It is not amenable to the sort of public interest balancing contemplated by s. 37(5): *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at paras. 12-14. I shall have more to say later about the purpose and scope of the privilege.

III

[19] Notre Cour a effectivement conclu, comme le prétend l’appelante, que « les seuls appels permis en matière criminelle sont prévus par la loi et [qu’]il ne devrait pas y avoir d’appels interlocutoires dans les affaires criminelles » : *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 959. Il s’agit bien en l’espèce d’une affaire criminelle, mais l’appel a trait à une instance incidente et distincte en vertu de l’art. 37 de la LPC, et le législateur a expressément prévu aux art. 37.1 et 37.2 de cette loi un droit d’appel immédiat de plein droit à la cour d’appel, ainsi qu’un droit d’appel à notre Cour, sur autorisation.

[20] La LPC limite toutefois ce droit, et l’appel doit viser « une décision rendue en vertu des paragraphes 37(4.1) à (6) ». Le paragraphe 37(6) concerne les ordonnances d’interdiction et ne s’applique pas en l’espèce. La compétence de la Cour d’appel dépendait donc de la question de savoir si la décision de la juge du procès équivalait à une décision rendue en vertu du par. 37(4.1) ou du par. 37(5).

[21] Selon le par. 37(4.1), un tribunal « peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements » à l’égard desquels un privilège est revendiqué « sauf s’il conclut que leur divulgation est préjudiciable au regard des raisons d’intérêt public déterminées ». Le paragraphe 37(5) ajoute que, même lorsque des raisons d’intérêt public sont en jeu, la divulgation peut néanmoins être ordonnée — sous réserve de certaines conditions — si les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation l’emportent sur les raisons d’intérêt public déterminées.

[22] La « raison d’intérêt public déterminée » en cause dans la présente affaire est la protection de l’identité des indicateurs, plus généralement appelée le « privilège de l’indicateur ». Le privilège de l’indicateur est un privilège générique qui ne souffre que l’exception relative à la « démonstration de l’innocence de l’accusé ». Il ne peut donner lieu à l’exercice de pondération de l’intérêt public envisagé au par. 37(5) : *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, par. 12-14. Je reviendrai plus loin sur l’objet et la portée de ce privilège.

[23] When s. 37 is invoked to protect the informer privilege — a relatively rare occurrence, since the claim of privilege will usually be settled under the common law alone — its strictness is not relaxed. See R. W. Hubbard, S. Magotiaux and S. M. Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (loose-leaf), at p. 3-44.

[24] Recognizing the unique nature of the informer privilege, the trial judge found it unnecessary to engage in the “balancing” required under s. 37(5). She held instead that the substantive law on the scope of the privilege permitted defence counsel to attend the *in camera* hearing she had ordered.

[25] In the language of s. 37(4.1), then, the trial judge concluded that *in camera* disclosure to defence counsel, subject to a court order and undertakings, did not encroach upon the “specified public interest” — that is, the informer privilege invoked by the Crown. In my view, this decision amounts to an order for disclosure — albeit extremely limited disclosure — under s. 37(4.1).

[26] The respondents — appellants on the cross-appeal — raise two main arguments in support of the contrary conclusion that the trial judge’s decision was not an order of disclosure subject to immediate appeal.

[27] First, they submit that the trial judge’s decision was not an order of disclosure, but only a “procedural ruling” (Factum of Mr. U. S. Basi on Appeal and Cross-Appeal, at para. 37; Factum of Mr. Virk on Cross-Appeal, at para. 39; Factum of Mr. A. Basi on Appeal and Cross-Appeal, at para. 164).

[28] Second, even if the decision can be characterized as an order, respondents contend that it did not authorize disclosure, but merely prescribed a procedure to be followed in determining whether

[23] Lorsque l’art. 37 est invoqué pour protéger le privilège de l’indicateur — ce qui survient assez rarement étant donné que la revendication du privilège se règle habituellement par l’application des seules règles de la common law —, il ne perd pas pour autant son caractère strict. Voir R. W. Hubbard, S. Magotiaux et S. M. Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (feuilles mobiles), p. 3-44.

[24] Reconnaissant la nature unique du privilège de l’indicateur, la juge du procès a jugé inutile de se livrer à l’exercice de « pondération » requis au par. 37(5). Elle a plutôt estimé que le droit substantiel relatif à la portée du privilège permettait aux avocats de la défense d’assister à l’audience à huis clos dont elle avait ordonné la tenue.

[25] Reprenant le libellé du par. 37(4.1), la juge du procès a alors conclu qu’une divulgation à huis clos aux avocats de la défense, sous réserve d’une ordonnance du tribunal et de la remise d’engagements, n’était pas préjudiciable au regard des « raisons d’intérêt public déterminées » — à savoir le privilège de l’indicateur invoqué par le ministère public. À mon avis, cette décision équivaut à une ordonnance de divulgation — bien qu’une divulgation extrêmement limitée — en vertu du par. 37(4.1).

[26] Les intimés — appelants au pourvoi incident — soulèvent deux arguments principaux à l’appui de la conclusion contraire, soit que la décision de la juge du procès ne constituait pas une ordonnance de divulgation donnant ouverture à un appel immédiat.

[27] En premier lieu, ils soutiennent que la décision de la juge du procès n’était pas une ordonnance de divulgation, mais seulement une « décision de procédure » (mémoire de M. U. S. Basi à l’égard du pourvoi et du pourvoi incident, par. 37; mémoire de M. Virk à l’égard du pourvoi incident, par. 39; mémoire de M. A. Basi à l’égard du pourvoi et du pourvoi incident, par. 164).

[28] En second lieu, même si la décision peut être qualifiée d’ordonnance, les intimés prétendent qu’elle n’autorisait pas la divulgation, mais prescrivait simplement une procédure à suivre pour

the informer privilege had been established. The respondents contend that the CEA does not contemplate immediate appeals of “procedural” decisions of this sort.

[29] In my view, these arguments all fail: They favour form over substance and recast the judge’s order in an erroneous light.

[30] The inevitable result of the trial judge’s decision was to require the Crown to reveal to defence counsel information over which the informer privilege had been claimed. As defence counsel are outside the “circle of privilege”, permitting them access to this information — even subject to court orders and undertakings — constitutes *inevitable disclosure of the information*. And while the trial judge sought to restrict this disclosure of privileged information to defence counsel, who were prohibited from sharing it with anyone else, her decision constituted an order of disclosure nonetheless.

[31] If there remained any doubt as to the nature of the trial judge’s decision, the trial judge settled it herself. The last sentence of her additional reasons reads:

The *in camera* [hearing] is suspended to give the Crown the opportunity to determine whether it wishes to appeal this ruling, which it has the right to do under s. 37 of the *Canada Evidence Act*. [para. 23]

[32] The trial judge could not have been more clear that she was making a determination that was properly subject to immediate appeal. There is no reason to conclude that the trial judge misunderstood the nature and consequences of her own order.

[33] I would therefore dismiss the cross-appeal.

IV

[34] The decisive question on this appeal is whether defence counsel can be permitted to attend

déterminer si l’existence du privilège de l’indicateur avait été établie. Les intimés soutiennent que la LPC ne prévoit pas un droit d’appel immédiat de décisions « de procédure » de cette sorte.

[29] À mon avis, ces arguments ne peuvent être retenus. Ils privilégient la forme au détriment de la substance et déforment l’ordonnance de la juge.

[30] La décision de la juge du procès a eu pour résultat inévitable d’obliger le ministère public à révéler aux avocats de la défense les renseignements à l’égard desquels le privilège de l’indicateur avait été revendiqué. Les avocats de la défense se trouvant en dehors du « cercle du privilège », leur permettre l’accès à ces renseignements — même sous réserve d’ordonnances du tribunal et d’engagements — constituait *une divulgation inévitable des renseignements*. Et alors que la juge du procès a cherché à restreindre cette divulgation de renseignements privilégiés aux avocats de la défense en leur interdisant de les communiquer à qui que ce soit, sa décision n’en constituait pas moins une ordonnance de divulgation.

[31] S’il subsistait quelque doute quant à la nature de la décision de la juge du procès, celle-ci l’a elle-même dissipé. Elle a dit ce qui suit dans la dernière phrase de ses motifs supplémentaires :

[TRADUCTION] [L’audience] à huis clos est suspendue pour donner au ministère public la possibilité de décider s’il souhaite interjeter appel de cette décision, ce qu’il est en droit de faire aux termes de l’art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*. [par. 23]

[32] La juge du procès ne pouvait indiquer plus clairement que la décision qu’elle rendait était à bon droit susceptible d’un appel immédiat. Rien ne permet de conclure que la juge du procès s’est méprise sur la nature et les conséquences de sa propre ordonnance.

[33] Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi incident.

IV

[34] La question déterminante dans le présent pourvoi est de savoir si les avocats de la défense

an *in camera* hearing to determine the existence of an informer privilege where, in the course of the hearing, information tending to reveal the identity of the putative informer is bound to be revealed.

[35] Before turning to that issue, it will be helpful to consider generally the purpose, scope and operation of the informer privilege and the governing principles set out by Bastarache J. in *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253.

[36] The privilege arises where a police officer, in the course of an investigation, guarantees protection and confidentiality to a prospective informer in exchange for useful information that would otherwise be difficult or impossible to obtain. In appropriate circumstances, a bargain of this sort has long been accepted as an indispensable tool in the detection, prevention and prosecution of crime.

[37] The informer privilege has been described as “nearly absolute”. As mentioned earlier, it is safeguarded by a protective veil that will be lifted by judicial order only when the innocence of the accused is demonstrably at stake. Moreover, while a court can adopt discretionary measures to protect the identity of the informer, the privilege itself is “a matter beyond the discretion of a trial judge” (*Named Person*, at para. 19).

[38] Whenever informer privilege is claimed, or the court of its own motion considers that the privilege appears to arise, its existence must be determined by the court *in camera* at a “first stage” hearing. Even the existence of the claim cannot be publicly disclosed. Ordinarily, only the putative informant and the Crown may appear before the judge. In *Named Person*, however, the Court considered that an *amicus curiae* may be necessary or appropriate, particularly where the interests of the informant and the Crown are aligned: *Named Person*, at para. 48.

peuvent être autorisés à assister à une audience à huis clos visant à déterminer l’existence d’un privilège de l’indicateur lorsque, dans le cours de l’audience, des renseignements tendant à dévoiler l’identité du présumé indicateur vont être révélés.

[35] Avant d’aborder cette question, j’estime utile d’examiner de façon générale l’objet, la portée et l’application du privilège de l’indicateur ainsi que les principes applicables énoncés par le juge Bastarache dans l’arrêt *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253.

[36] La question du privilège se pose lorsque, dans le cadre d’une enquête, un policier garantit la protection et la confidentialité d’un indicateur éventuel en échange de renseignements utiles qu’il lui serait difficile ou impossible d’obtenir autrement. On reconnaît depuis longtemps que, lorsque les circonstances le justifient, un marché de ce genre s’avère un outil indispensable pour la détection, la prévention et la répression du crime.

[37] On a dit du privilège de l’indicateur qu’il est « quasi absolu ». Comme je l’ai déjà indiqué, il bénéficie d’un voile protecteur qui ne sera levé par ordonnance judiciaire que si l’innocence d’un accusé est manifestement en jeu. De plus, si le tribunal peut prendre des mesures discrétionnaires pour protéger l’identité de l’indicateur, le privilège lui-même « écarte le pouvoir discrétionnaire des juges de première instance » (*Personne désignée*, par. 19).

[38] Chaque fois que le privilège de l’indicateur est revendiqué, ou que le tribunal estime que la question du privilège semble se poser, son existence doit être déterminée par la cour, à huis clos, à une audience qui constitue la « première étape ». Même l’existence de la revendication ne peut être rendue publique. Habituellement, seul le présumé indicateur et le ministère public peuvent comparaître devant le juge. Dans *Personne désignée* toutefois, la Cour a estimé que la participation d’un *amicus curiae* pouvait être nécessaire ou indiquée, en particulier si les intérêts de l’indicateur coïncident avec ceux du ministère public (*Personne désignée*, par. 48).

[39] In determining whether the privilege exists, the judge must be satisfied, on a balance of probabilities, that the individual concerned is indeed a confidential informant. And if the claim of privilege is established, the judge must give it full effect. As we have seen, *Named Person* established that trial judges have no discretion to do otherwise.

[40] Finally, the informer privilege belongs jointly to the Crown and to the informant. Neither can waive it without the consent of the other.

[41] Though *Named Person* held that “first stage” hearings must be held *in camera*, the Court was not called upon to consider whether the hearings must proceed *ex parte* as well. That is because the privilege was claimed in that case by the informant — the very person before the court on extradition proceedings. And he claimed the privilege not to keep the information out of the hands of any party to the proceedings, but rather to prevent media organizations from accessing information relating to his activities as a police informant. In those unusual circumstances, all of the parties to the proceeding had access to the privileged information; it was only third parties who were excluded.

[42] Like *Named Person*, this case concerns a claim of informer privilege. Unlike *Named Person*, however, this case does not concern a fugitive-informant who seeks to prevent disclosure of information to which he is already privy. Rather, it concerns the accused, who seek to obtain disclosure of information which the Crown feels bound to deny them. But these distinctions, significant as they are, do not turn the tide in the respondents’ favour.

[43] It is true, of course, that the respondents are in jeopardy of criminal conviction and its consequences. Their right to make full answer

[39] Lorsqu’il se prononce sur l’existence du privilège, le juge doit être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que la personne en cause est effectivement un indicateur confidentiel. Et si la revendication du privilège est établie, le juge doit lui donner pleinement effet. Comme nous l’avons vu, suivant l’arrêt *Personne désignée*, les juges du procès n’ont aucun pouvoir discrétionnaire d’agir autrement.

[40] Enfin, le privilège de l’indicateur appartient conjointement au ministère public et à l’indicateur. Ni l’un ni l’autre ne peut y renoncer sans le consentement de l’autre.

[41] Dans *Personne désignée*, notre Cour a conclu que les audiences constituant la « première étape » doivent se dérouler à huis clos, mais elle n’avait pas à examiner si ces audiences doivent aussi se dérouler *ex parte* puisque, dans cette affaire, la personne qui revendiquait le privilège était l’indicateur — la personne même devant la cour dans le cadre d’une affaire d’extradition. Et ce dernier a revendiqué le privilège non pas afin de ne pas dévoiler des renseignements aux parties à l’instance, mais plutôt afin d’empêcher les médias d’accéder à des renseignements relatifs à ses activités à titre d’indicateur de police. Dans ces circonstances inhabituelles, toutes les parties à l’instance avaient accès aux renseignements privilégiés; seules les tierces parties étaient exclues.

[42] En l’espèce, tout comme dans *Personne désignée*, l’affaire concerne une revendication du privilège de l’indicateur. Mais à la différence de *Personne désignée*, toutefois, il ne s’agit pas en l’espèce d’un indicateur fugitif qui cherche à empêcher la divulgation de renseignements qu’il possède. L’affaire concerne plutôt des accusés qui cherchent à obtenir la communication de renseignements que le ministère public estime nécessaire de leur refuser. Mais ces distinctions, aussi importantes soient-elles, ne font pas pencher la balance en faveur des intimés.

[43] Certes, les intimés risquent une condamnation pénale et les conséquences qui en découlent. Le droit de présenter une défense pleine et entière,

and defence guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is therefore plainly engaged: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. The Court has made clear, however, that the right to make full answer and defence does not alone trigger an exception to the informer privilege: *Leipert*, at paras. 23-25. It is only where innocence is at stake that the privilege yields and information tending to reveal the identity of the informant can be disclosed.

[44] It thus remains as true in this case as it was in *Named Person* that “[w]hile the judge is determining whether the privilege applies, all caution must be taken on the assumption that it does apply” (para. 47). No 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. It follows that the trial judge erred in permitting defence counsel to hear the testimony of an officer tending to reveal the identity of the putative informant at the “first stage” hearing.

[45] To hold otherwise is to place defence counsel in an awkward and professionally undesirable position. The concern is not that defence counsel would intentionally violate their undertakings or the court order; rather, it is that *respecting* the undertakings and court order would, at best, strain the necessary relationship between defence counsel and their accused clients.

[46] Defence counsel would have to remain constantly on guard never to say or do anything, even inadvertently, that might tend to reveal the informant’s identity. This exceedingly onerous constraint would by its very nature “preven[t] frankness and fette[r] the free flow of information between lawyer and client”, and otherwise impair the solicitor-client relationship: *R. v. G*, [2004] EWCA Crim 1368, [2004] 2 Cr. App. R. 37 (p. 630), at p. 635. In certain cases, defence counsel might feel bound to withdraw their representation, caught in a conflict

que leur garantit l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est donc clairement en jeu : *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. La Cour a toutefois indiqué clairement que le droit de présenter une défense pleine et entière n’appelle pas à lui seul une exception au privilège de l’indicateur : *Leipert*, par. 23-25. Ce n’est que si l’innocence est en jeu que le privilège cède le pas et que les renseignements tendant à révéler l’identité de l’indicateur peuvent être révélés.

[44] Il demeure donc vrai en l’espèce, comme ce l’était dans *Personne désignée*, que, « [a]lors que le juge détermine si le privilège s’applique, la plus grande prudence s’impose en supposant que le privilège s’applique » (par. 47). Nul 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. Il s’ensuit que la juge du procès a commis une erreur en permettant aux avocats de la défense d’entendre le témoignage d’un agent tendant à révéler l’identité de l’indicateur présumé à l’audience constituant la « première étape ».

[45] Conclure autrement placerait les avocats de la défense dans une position inconfortable et non souhaitable au plan professionnel. Le problème ne vient pas de ce que les avocats de la défense violeraient délibérément leurs engagements ou l’ordonnance du tribunal, mais plutôt de ce que le *respect* de ces engagements et de l’ordonnance du tribunal mettrait à rude épreuve, dans le meilleur des cas, la relation qui doit nécessairement s’établir entre eux et leurs clients accusés.

[46] Les avocats de la défense devraient constamment se garder de ne jamais dire ou faire quoi que ce soit, même par inadvertance, qui pourrait tendre à révéler l’identité de l’indicateur. Cette contrainte extrêmement onéreuse, de par sa nature même, [TRADUCTION] « empêcherait la franchise et gênerait la libre circulation de l’information entre l’avocat et son client », et entraverait par ailleurs la relation avocat-client : *R. c. G*, [2004] EWCA Crim 1368, [2004] 2 Cr. App. R. 37 (p. 630), p. 635. Dans certains cas, les avocats de la défense pourraient se

between their duty to represent the best interests of their client and their duty to the court not to disclose or to act on the information heard *in camera*: *R. v. G*, at pp. 635-36.

[47] It is true that defence counsel gave their undertakings of non-disclosure with the consent of their clients. At the time, however, the privileged information was otherwise inaccessible to both the accused *and* their counsel. Once the information is in the hands of their counsel, the consent freely given beforehand might understandably be viewed by the accused as consent given without choice. And consent thought to have been given without choice, even if not repudiated, is bound to be resented.

[48] In support of the trial judge's order, the respondents cite s. 650 of the *Criminal Code*, which codifies the accused's right to be present at trial. Indeed, the trial judge's first decision on the common law privilege claim rested, in part, on this provision: Section 650 was invoked by the judge in concluding that counsel should be permitted to attend subject to a court order and undertakings.

[49] Section 650(1) reads:

650. (1) Subject to subsections (1.1) to (2) and section 650.01, an accused, other than an organization, shall be present in court during the whole of his or her trial.

[50] Clearly, s. 650 has no application to the trial judge's decision under s. 37. By its very terms, it applies only to the presence of the accused at trial. An application under s. 37 of the CEA is a discrete proceeding, separate from and only ancillary to the criminal trial. Accordingly, it is not caught by s. 650: *R. v. Pilotte* (2002), 156 O.A.C. 1, at para. 46.

[51] This case concerns an application for disclosure only. The Crown does not seek to rely upon

sentir obligés de se retirer du dossier, pris dans le conflit entre leur devoir de défendre au mieux les intérêts de leur client et leur devoir envers la cour de ne pas divulguer les renseignements entendus à huis clos ou de s'abstenir d'agir sur la base de ceux-ci : *R. c. G*, p. 635-636.

[47] Certes, c'est avec le consentement de leurs clients que les avocats de la défense se sont engagés à ne pas communiquer les renseignements. Mais à ce moment toutefois, les accusés *et* leurs avocats ne pouvaient pas avoir accès autrement aux renseignements privilégiés. Une fois que leurs avocats ont les renseignements en mains, les accusés pourraient naturellement considérer qu'ils n'avaient pas eu le choix lorsqu'ils ont donné librement leur consentement à l'avance. Et un consentement que l'on estime avoir donné sans avoir eu le choix, même s'il n'est pas renié, alimentera le ressentiment.

[48] À l'appui de l'ordonnance de la juge du procès, les intimés citent l'art. 650 du *Code criminel*, qui codifie le droit de l'accusé d'être présent à son procès. De fait, la première décision de la juge du procès sur la question du privilège de common law reposait, en partie, sur cette disposition : elle a invoqué l'art. 650 pour conclure que les avocats devaient être autorisés à assister à l'audience sous réserve de se conformer à une ordonnance du tribunal et de contracter certains engagements.

[49] Le paragraphe 650(1) prévoit ce qui suit :

650. (1) Sous réserve des paragraphes (1.1) à (2) et de l'article 650.01, l'accusé, autre qu'une organisation, doit être présent au tribunal pendant tout son procès.

[50] Manifestement, l'art. 650 ne s'applique pas à la décision qu'a rendue la juge du procès en vertu de l'art. 37. Selon ses propres termes, cet article s'applique uniquement à la présence de l'accusé au procès. Une demande faite en vertu de l'art. 37 de la LPC est une instance distincte, indépendante et simplement accessoire au procès criminel. Elle n'est donc pas visée par l'art. 650 : *R. c. Pilotte* (2002), 156 O.A.C. 1, par. 46.

[51] La présente affaire concerne uniquement une demande de divulgation. Le ministère public

the redacted portions of the documents in order to prove guilt. Indeed, the Crown could not introduce the withheld information as evidence at trial without providing it to the defence. This is therefore not a case where the Crown seeks to use information against a person without permitting that person to see the information. Compare *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350.

[52] Of course, withheld material over which the informer privilege is claimed might in some instances assist the defence, for example, by providing a trail to other relevant and helpful evidence, or in preparing and conducting the cross-examination of Crown witnesses. The withheld material might even be indicative of innocence, while still falling outside the narrow “innocence at stake” exception to the privilege. It is therefore essential that claims of privilege be resolved accurately and fairly, bearing in mind that *ex parte* proceedings raise serious procedural fairness concerns of particular significance in the conduct of criminal prosecutions, where the liberty of the accused is at stake.

[53] Where a hearing is required to resolve a Crown claim of privilege, the accused and defence counsel should therefore be excluded from the proceedings only when the identity of the confidential informant cannot be otherwise protected. And, even then, only to the necessary extent. In determining whether the claim of privilege has been made out, trial judges should make every effort to avoid unnecessary complexity or delay, without compromising the ability of the accused to make full answer and defence.

[54] Throughout, it should be remembered as well that the interest of accused persons in being present (or, at least, represented) at any proceeding relating to the charges they face remains a fundamental

ne cherche pas à invoquer les portions expurgées des documents en vue de prouver la culpabilité. De fait, le ministère public ne pourrait verser en preuve au procès les renseignements retenus sans les fournir à la défense. Il ne s’agit donc pas d’un cas où le ministère public cherche à utiliser des renseignements contre une personne sans permettre à cette dernière de voir les renseignements en question. Comparer avec l’arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350.

[52] Bien sûr, les renseignements retenus à l’égard desquels le privilège de l’indicateur est revendiqué pourraient aider la défense, par exemple en lui fournissant une piste menant à d’autres éléments de preuve pertinents et utiles, ou en l’aidant à préparer et à mener le contre-interrogatoire des témoins du ministère public. Les renseignements retenus pourraient même fournir des indices de l’innocence, sans que s’applique pour autant l’étroite exception de « l’innocence en jeu ». Il est donc essentiel que les revendications de privilège soient tranchées équitablement et avec exactitude, tout en gardant à l’esprit que les procédures *ex parte* soulèvent en matière d’équité procédurale de sérieux problèmes ayant une incidence particulière sur la conduite des poursuites pénales, alors que la liberté de l’accusé est en jeu.

[53] Lorsqu’une audience est requise pour trancher une revendication de privilège présentée par le ministère public, l’accusé et les procureurs de la défense ne devraient donc être exclus de l’instance que si l’identité de l’indicateur confidentiel ne peut être protégée autrement. Et même alors, seulement dans la mesure qui s’avère nécessaire. En déterminant si la revendication du privilège a été établie, les juges du procès devraient prendre toutes les mesures possibles pour éviter la complexité et les délais inutiles, sans pour autant compromettre la possibilité, pour l’accusé, de présenter une défense pleine et entière.

[54] D’ailleurs, tout au long de l’instance, il faut également se rappeler que l’intérêt qu’ont les accusés à être présents (ou du moins à être représentés) à toute instance se rapportant aux accusations

one, even where s. 650, by its very terms, has no application. An *ex parte* procedure is particularly troubling when the person excluded from the proceeding faces criminal conviction and its consequences.

[55] In order to protect these interests of the accused, trial judges should adopt all reasonable measures to permit defence counsel to make meaningful submissions regarding what occurs in their absence. Trial judges have broad discretion to craft appropriate procedures in this regard.

[56] Measures that a trial judge may wish to adopt in assessing a claim of informer privilege include inviting submissions on the scope of the privilege — including argument as to who constitutes a confidential informant entitled to the privilege — and its application in the circumstances of the case. Defence counsel may be invited as well to suggest questions to be put by the trial judge to any witness that will be called at the *ex parte* proceeding.

[57] In appropriate cases, fairness may require the court to provide the defence with a redacted or summarized version of the evidence presented *ex parte* — edited to eliminate any possibility of disclosing the informant's identity — so as to permit the trial judge to receive additional submissions from the defence on whether the privilege applies in the particular circumstances of the case. In particularly difficult cases, the trial judge may appoint an *amicus curiae* to attend the *ex parte* proceeding in order to provide assistance in assessing the claim of privilege.

[58] In the present case, permitting defence counsel to make submissions and to propose questions to be put by the court to the witness at the *ex parte* hearing might well have been appropriate. The trial judge, however, will be in a better position to

auxquelles ils doivent répondre demeure un intérêt fondamental, même lorsque l'art. 650, selon ses termes mêmes, ne trouve pas application. La tenue d'une instance *ex parte* est particulièrement troublante lorsque la personne exclue s'expose à une condamnation criminelle et aux conséquences qui s'y rattachent.

[55] Afin de protéger ces intérêts de l'accusé, les juges de première instance devraient adopter toutes les mesures raisonnables pour permettre aux avocats de la défense de présenter des observations utiles en ce qui concerne ce qui se passe en leur absence. Les juges de première instance jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire pour concevoir la procédure appropriée à cet égard.

[56] Parmi les mesures qu'un juge de première instance peut souhaiter adopter lors de l'examen d'une revendication de privilège relatif à l'indicateur figure l'invitation à présenter des observations sur la portée du privilège — y compris des arguments sur la question de savoir qui peut être un indicateur confidentiel ayant droit au privilège — et son application dans les circonstances de l'espèce. L'avocat de la défense peut également être invité à proposer au juge des questions à poser à tout témoin assigné à l'instance *ex parte*.

[57] Dans les cas qui s'y prêtent, l'équité peut commander que le tribunal fournisse à la défense une version expurgée ou résumée de la preuve présentée *ex parte* — expurgée pour éliminer toute possibilité de révéler l'identité de l'indicateur — de manière à ce que le juge du procès puisse recevoir de la défense des observations additionnelles sur la question de savoir si le privilège s'applique dans les circonstances particulières de l'affaire. Dans des cas particulièrement difficiles, le juge du procès peut désigner un *amicus curiae* qui assistera à l'audience *ex parte* en vue de l'aider à examiner la revendication de privilège.

[58] En l'espèce, il aurait fort bien pu être approprié de permettre aux avocats de la défense de présenter des observations et de proposer au tribunal des questions à poser au témoin à l'audience *ex parte*. Toutefois, le juge du procès sera mieux

decide how best to craft safeguards that mitigate any potential unfairness arising from the *ex parte* nature of the proceedings. The adoption of appropriate initiatives is therefore best left to the trial judge.

V

[59] For all of these reasons, I would allow the appeal, dismiss the cross-appeal, and return the case to the trial court to be proceeded with in accordance with the judgment of the Court in this case.

Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal Udhe Singh Basi: Bolton & Muldoon, Vancouver.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal Bobby Singh Virk: McCullough Blazina Dieno & Gustafson, Victoria.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal Aneal Basi: Johnson Doricic Doyle Sugarman, Vancouver.

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

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

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Edmonton Police Service, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Anil K. Kapoor, Toronto.

à même de déterminer la meilleure façon d'élaborer des mesures propres à atténuer toute iniquité résultant de la nature *ex parte* de l'instance. Il est donc préférable de laisser au juge du procès le soin d'adopter les mesures appropriées.

V

[59] Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de rejeter le pourvoi incident et de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance pour qu'elle y soit instruite conformément au jugement de la Cour en l'espèce.

Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

Procureurs de l'appelante/intimée à l'appel incident : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Procureurs de l'intimé/appelant à l'appel incident Udhe Singh Basi : Bolton & Muldoon, Vancouver.

Procureurs de l'intimé/appelant à l'appel incident Bobby Singh Virk : McCullough Blazina Dieno & Gustafson, Victoria.

Procureurs de l'intimé/appelant à l'appel incident Aneal Basi : Johnson Doricic Doyle Sugarman, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Edmonton Police Service, Edmonton.

Procureur de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Anil K. Kapoor, Toronto.

Consolidated Fastfrate Inc. *Appellant*

v.

**Western Canada Council of Teamsters,
Consolidated Fastfrate Transport Employees'
Association of Calgary and Alberta Labour
Relations Board** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario and Attorney
General of Quebec** *Interveners*

**INDEXED AS: CONSOLIDATED FASTFRATE INC. v.
WESTERN CANADA COUNCIL OF TEAMSTERS**

Neutral citation: 2009 SCC 53.

File No.: 32290.

2009: February 19; 2009: November 26.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA**

Constitutional law — Division of powers — Labour relations — Transportation undertaking — Freight forwarding company providing consolidation and deconsolidation and pickup and delivery services to its customers across Canada — Company having integrated national corporate structure with branch offices throughout Canada and contracts with third-party interprovincial carriers — Whether labour relations of branch employees subject to provincial or federal jurisdiction — Whether company qualifies as interprovincial undertaking even though it does not itself perform interprovincial carriage of goods — Constitution Act, 1867, s. 92(10)(a).

Fastfrate is a freight forwarding company with branches across Canada, including the Calgary branch. Using its own terminal employees and mostly its own local drivers and trucks, one Fastfrate branch picks up and consolidates freight within the originating province, while another branch deconsolidates and delivers the freight in the receiving province. Fastfrate employees

Consolidated Fastfrate Inc. *Appelante*

c.

**Western Canada Council of Teamsters,
Consolidated Fastfrate Transport Employees'
Association of Calgary et Alberta Labour
Relations Board** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario et procureur
général du Québec** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CONSOLIDATED FASTFRATE INC. c.
WESTERN CANADA COUNCIL OF TEAMSTERS**

Référence neutre : 2009 CSC 53.

N° du greffe : 32290.

2009 : 19 février; 2009 : 26 novembre.

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

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

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Relations de travail — Entreprise de transport — Société d'expédition de marchandises offrant à ses clients partout au Canada des services de regroupement, de dégroupement, de ramassage et de livraison — Société ayant une structure organisationnelle nationale intégrée, des succursales partout au Canada et des contrats avec des tiers transporteurs interprovinciaux — Les relations de travail des employés d'une succursale relèvent-elles de la compétence provinciale ou de la compétence fédérale? — La société est-elle qualifiée d'entreprise interprovinciale même si elle ne transporte pas elle-même les marchandises d'une province à l'autre? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(10)a.

Fastfrate est une entreprise d'expédition de marchandises qui a des succursales partout au Canada, notamment celle de Calgary. Dans chaque succursale, avec l'aide de ses propres employés au terminal et principalement ses propres conducteurs et camions, Fastfrate ramasse et regroupe les marchandises dans la province d'où elles sont expédiées et dégroupé et livre

and equipment do not cross provincial boundaries. Fastfrate contracts with third-party trucking and railway companies for the interprovincial carriage of the goods and, except in one unusual case, its employees play no role in the operation of those companies' transportation systems. Fastfrate has an integrated national corporate structure with a head office in Ontario and a team of three regional vice-presidents who oversee a series of local branch offices throughout Canada, each with a branch manager who is responsible for the day-to-day management of the branch. Employees at the branch offices deal directly with consignors and consignees and manage their own accounts receivable, but decisions regarding rates, asset acquisition and other matters of general profitability are made at the regional or national level.

The union representing the Fastrate Calgary employees applied to the Alberta Labour Relations Board for a declaration on whether the labour relations of Fastfrate Calgary are subject to provincial or federal regulation. This application was in response to an earlier application by another union to be certified by the Canada Industrial Relations Board as the regional bargaining unit of Fastfrate employees for Alberta, Saskatchewan and Manitoba. The Board held that Fastfrate Calgary was subject to federal jurisdiction because it was part of a single, indivisible, interprovincial freight transportation undertaking. The reviewing judge quashed the Board's decision and reaffirmed the existing provincial certification order, holding that absent any physical involvement in the interprovincial carriage of goods, there was "insufficient reason to displace the dominant presumption of provincial jurisdiction over labour relations". The Court of Appeal, in a majority decision, restored the Board's decision.

Held (McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The employees of Fastfrate Calgary are subject to provincial jurisdiction. The question whether an undertaking, service or business is a federal one depends on the nature of its operation. An undertaking that performs consolidation and deconsolidation and local pickup and delivery services does not become an interprovincial undertaking simply because it has an

les marchandises provenant d'une autre province. Ni les employés ni le matériel de Fastfrate ne franchissent les frontières provinciales. Fastfrate confie le transport interprovincial des marchandises à des sociétés de camionnage et de chemin de fer, et sauf dans un seul cas inhabituel, ses employés ne contribuent aucunement à l'exploitation du réseau de transport de ces sociétés. Fastfrate possède une structure organisationnelle nationale intégrée. Son bureau principal est situé en Ontario et trois vice-présidents régionaux supervisent plusieurs succursales locales un peu partout au Canada, chacune de ces succursales ayant un directeur responsable de la gestion quotidienne de l'établissement. Les employés des succursales font directement affaire avec les expéditeurs et les destinataires et gèrent leurs propres comptes clients, mais les décisions concernant les tarifs, l'acquisition d'éléments d'actif et les autres questions de rentabilité sont prises au niveau régional ou national.

Le syndicat représentant les employés de Fastfrate à Calgary a demandé à l'Alberta Labour Relations Board (« Commission ») un jugement déclaratoire relativement à la question de savoir si les relations de travail de la succursale de Fastfrate à Calgary sont assujetties à la réglementation provinciale ou fédérale. Cette demande donnait suite à une demande présentée précédemment par un autre syndicat en vue d'obtenir du Conseil canadien des relations industrielles l'accréditation comme unité de négociation régionale pour les employés de Fastfrate en Alberta, en Saskatchewan et au Manitoba. La Commission a conclu que la succursale de Fastfrate à Calgary relevait de la compétence fédérale parce qu'elle faisait partie d'une entreprise unique et indivisible de transport interprovincial de marchandises. Le juge chargé du contrôle a annulé la décision de la Commission et a confirmé l'ordonnance d'accréditation provinciale en vigueur, statuant qu'en l'absence d'une participation active au transport interprovincial des marchandises, il n'y avait pas « de raisons suffisantes d'écarter la présomption dominante de compétence provinciale en matière de relations de travail ». Par une décision à la majorité, la Cour d'appel a rétabli la décision de la Commission.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Binnie et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Les juges LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : Les employés de la succursale de Fastfrate à Calgary relèvent de la compétence provinciale. La question de savoir si une entreprise, un service ou une affaire relève de la compétence fédérale dépend de la nature de l'exploitation. Une entreprise qui fournit des services de regroupement et de dégroupement ainsi que des services locaux de ramassage et de

integrated national corporate structure and contracts with third-party interprovincial carriers. Fastfrate's operations are entirely intraprovincial. Neither Fastfrate employees, nor its equipment, are involved in any actual interprovincial transport. Section 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867* and the jurisprudence interpreting it do not contemplate that a mere contractual relationship between a shipper and an interprovincial carrier would qualify Fastfrate as an undertaking connecting the provinces or extending beyond the limits of the province. Rather, it is the carriers that physically transport the freight interprovincially that constitute federal transportation works and undertakings. There is no indication that contracting alone can make intraprovincial undertakings subject to federal jurisdiction. The operational reality of Fastfrate is that it depends on third-party interprovincial carriers to conduct its business. Fastfrate remains a shipper. Its presence at both the originating and terminating ends may mean that it can provide a comprehensive service to its customers, but this does not change the fact that it is still only a shipper using an interprovincial railway or trucking company. [3] [61] [69] [70] [72] [75]

The s. 92(13) provincial head of power over "Property and Civil Rights" in the provinces includes labour relations. By way of exception, Parliament may assert exclusive jurisdiction over these matters if it is shown that such jurisdiction is an integral part of its primary competence over some other single federal subject. Section 92(10)(a) provides for such an exception to the provincial jurisdiction over "Local Works and Undertakings" by granting to the federal government authority over "Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs, and other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province". However, having regard to the historical context of s. 92(10) and its underlying purpose, the preference for diversity of regulatory authority over works and undertakings should be respected, absent a justifiable reason that exceptional federal jurisdiction should apply. [27-28] [35] [39]

In this case, there was no compelling reason to depart from the general rule that works and undertakings are regulated by the provinces. Section 92(10)(a) focusses specifically on transportation and communication

livraison ne devient pas une entreprise interprovinciale simplement en raison d'une structure organisationnelle nationale intégrée et des contrats qu'elle conclut avec des tiers transporteurs interprovinciaux. Les activités de Fastfrate sont entièrement intraprovinciales. Ni les employés de Fastfrate, ni son matériel, ne participent au transport interprovincial. L'alinéa 92(10)a de la *Loi constitutionnelle de 1867* et la jurisprudence portant sur l'interprétation de cette disposition n'envisagent pas la possibilité qu'une simple relation contractuelle entre un expéditeur et un transporteur interprovincial transforme Fastfrate en une entreprise reliant les provinces ou s'étendant au-delà des limites de la province. Ce sont plutôt les transporteurs assurant le transport effectif des marchandises entre les provinces qui sont des travaux ou des entreprises de transport de compétence fédérale. Rien n'indique que la sous-traitance à elle seule permette d'assujettir une entreprise intraprovinciale à la compétence fédérale. La réalité opérationnelle de Fastfrate veut qu'elle dépende des tiers transporteurs interprovinciaux pour exercer ses activités. Fastfrate demeure un expéditeur. Sa présence sur les lieux d'origine et de destination des envois signifie peut-être qu'elle peut fournir un service complet à ses clients, mais cela ne change rien au fait qu'elle n'est qu'un expéditeur qui fait affaire avec une société interprovinciale de chemin de fer ou de transport par camion. [3] [61] [69] [70] [72] [75]

La compétence conférée aux provinces par le par. 92(13) sur la « propriété et les droits civils » dans les provinces s'étend aux relations de travail. Par dérogation à ce principe, le Parlement peut faire valoir une compétence exclusive dans ces domaines s'il est établi que cette compétence est partie intégrante de sa compétence principale sur un autre sujet. L'alinéa 92(10)a prévoit une telle exception fédérale à la compétence provinciale en matière de « travaux et entreprises d'une nature locale » en accordant au gouvernement fédéral la compétence en matière de « [l]ignes de bateaux à vapeur ou autres bâtiments, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres travaux et entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province ». Toutefois, compte tenu du contexte historique du par. 92(10) et de l'objectif qui le sous-tend, il faut respecter le choix de la diversité du pouvoir de réglementation en matière de travaux et d'entreprises si aucune raison ne justifie l'application de la compétence exceptionnelle du fédéral. [27-28] [35] [39]

En l'espèce, il n'y a aucune raison convaincante d'écarter la règle générale selon laquelle les travaux et entreprises sont assujettis à la réglementation des provinces. L'alinéa 92(10)a vise essentiellement les

works and undertakings through its examples of “Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs”. The common thread among the enumerated transportation works and undertakings in s. 92(10)(a) is the interprovincial transport of goods or persons. The enumerated examples are all instruments of or means of facilitating actual transport. There is no reference to, or implication of, third parties connected to the means of actual transport through contract being subject to federal jurisdiction. The genus of transportation works and undertakings contemplated in s. 92(10)(a) as “connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province” consists of those that physically connect the provinces through transport, not those that notionally connect them through contract. The basket clause “other Works and Undertakings” is to be read *ejusdem generis* with the specific examples which precede it. A requirement for federal jurisdiction over transportation undertakings is that the undertaking itself physically operates or facilitates carriage across interprovincial boundaries. The line of cases holding that freight forwarders that are not themselves engaged in the interprovincial transport of freight and that simply contract with interprovincial carriers remain subject to provincial jurisdiction should be upheld. [3] [42-44] [48]

Finally, under s. 92(10)(a), there is a difference between the communications and transportation contexts. Communications undertakings can operate and provide international and interprovincial communication services from a fixed point whereas transportation, by definition, involves mobility of goods, persons, and transportation equipment across territory. In the transportation context, it is not possible for an undertaking to operate an interprovincial transportation service where it does not itself perform the interprovincial carriage. A business can act as an intermediary between interprovincial carriers and consumers who want to access those carriers at a reduced price. This does not mean that such a business becomes the operator and provider of the interprovincial carriage. The objective of predictability in the freight-forwarding context strongly suggests that the industry should be considered holistically and the prior jurisprudence of the courts concerning the industry should be respected. [60-61] [65] [67]

Per McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ. (dissenting): Fastfrate is an interprovincial transportation undertaking and its labour relations ought to be subject to federal regulation. In an era where contracting out elements of a service business is commonplace, the

travaux et entreprises de transport et de communication grâce aux exemples des « [l]ignes de bateaux à vapeur ou autres bâtiments, chemins de fer, canaux, télégraphes ». L'élément commun des travaux et entreprises de transport énumérés à l'al. 92(10)a) est le transport interprovincial de marchandises ou de personnes. Les exemples donnés sont tous des moyens de transport ou des moyens de faciliter le transport. On n'y trouve aucune mention, ou inférence, que les tiers liés par contrat aux moyens de transport relèvent de la compétence fédérale. La catégorie de travaux et d'entreprises de transport envisagés à l'al. 92(10)a) et « reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province » est composée des travaux et entreprises qui relient physiquement les provinces grâce au transport, et non de ceux qui les relient théoriquement par contrat. La clause omnibus « autres travaux et entreprises » doit être interprétée, selon la règle *ejusdem generis*, en fonction des exemples précis qui la précèdent. Pour relever de la compétence fédérale, une entreprise de transport doit elle-même effectuer ou faciliter le transport entre les provinces. Il faut confirmer le courant jurisprudentiel voulant que les transitaires qui ne participent pas eux-mêmes au transport interprovincial des marchandises et qui concluent simplement des contrats avec les transporteurs interprovinciaux relèvent de la compétence provinciale. [3] [42-44] [48]

Enfin, aux termes de l'al. 92(10)a), il y a une différence entre le contexte des communications et celui du transport. Les entreprises de communication peuvent assurer et fournir des services de communication internationaux et interprovinciaux à partir d'un point fixe alors que le transport, par définition, suppose que l'on traverse un territoire donné afin de déplacer des marchandises, des personnes et du matériel de transport. Dans le contexte du transport, il est impossible pour une entreprise de fournir un service de transport interprovincial si elle n'assure pas elle-même ce service. Une entreprise peut agir comme intermédiaire entre les transporteurs interprovinciaux et les clients qui veulent avoir accès à ces transporteurs à un prix réduit. Cela ne signifie pas qu'une telle entreprise devient l'exploitant et le fournisseur des services de transport interprovincial. L'objectif de la prévisibilité dans le contexte de l'expédition de marchandises suggère fortement que l'industrie devrait être considérée dans sa globalité et que la jurisprudence antérieure portant sur l'industrie devrait être respectée. [60-61] [65] [67]

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie et Fish (dissidents) : Fastfrate est une entreprise de transport interprovincial et ses relations de travail doivent être assujetties à la réglementation fédérale. À une époque où il est courant de sous-traiter certains éléments d'un

modalities of how a truly interprovincial transportation operation “undertakes” to move its customers’ freight from one part of Canada and deliver it to another should not contrive to defeat federal jurisdiction. Checkerboard provincial regulation is antithetical to the coherent operation of a single functionally integrated indivisible national transportation service. [83-84] [118]

In order to be characterized as an interprovincial transportation undertaking, there is no requirement that the entity must itself physically transport goods across a provincial boundary. Whether an undertaking, service or business is a federal one depends on the nature of its operation. Here, Fastfrate’s undertaking is much more than that of a mere shipper. It provides a customer-to-customer interprovincial service. It handles the shipment both in the province of origin and in the province of destination. An undertaking that offers an interprovincial service is no less an interprovincial undertaking because part of the performance of its undertaking is contracted out to unaffiliated service providers. [85] [99] [106] [113]

The interpretation of the division of legislative powers and of how they interrelate must evolve and must be tailored to the changing political and cultural realities of Canadian society. Although the passage of time does not alter the division of powers, the arrangement of legislative and executive powers entrenched in the *Constitution Act, 1867* must be applied in light of the business realities of 2009 and not frozen in 1867. The current Canadian economy would be unrecognizable to the statesmen of 1867. A grown man is not expected to wear the same coat that fitted him as a child. Today’s coat is of the same design, but the sleeves are longer and the chest is broader and the warp and woof of the fabric is more elaborate and complex. [89-90]

Adopting a purposive approach to constitutional interpretation, what is important is not how transportation was viewed in 1867 but rather to match in our own era the level of regulation (federal, provincial or territorial) appropriate to the nature and scope of the undertaking. The Constitution nowhere gives the provinces general jurisdiction in relation to “Works and Undertakings”. Section 92(10) only gives the provinces jurisdiction over local works and undertakings. To the extent such local works and undertakings connect the province “with any other or others of the Provinces or extending beyond the Limits of the Province”, they are now, as in 1867, regulated federally pursuant to s. 91(29).

service, les modalités selon lesquelles une véritable entreprise de transport interprovincial « s’engage » à transporter les marchandises de ses clients d’une partie du Canada à une autre ne devraient pas permettre de soustraire cette entreprise à la compétence fédérale. Une réglementation provinciale disparate est antithétique à l’exploitation cohérente d’un service national de transport unique, fonctionnellement intégré et indivisible. [83-84] [118]

Pour être qualifiée d’entreprise de transport interprovincial, il n’est pas nécessaire qu’une entité assure elle-même le transport au-delà des limites d’une province. La question de savoir si une entreprise, un service ou une affaire relève de la compétence fédérale dépend de la nature de l’exploitation. En l’espèce, Fastfrate est bien plus qu’un simple expéditeur. Elle offre un service interprovincial interconsommateurs. Elle s’occupe de la livraison dans la province d’origine et dans la province de destination. Une entreprise qui offre un service interprovincial ne constitue pas moins une entreprise interprovinciale du fait qu’une partie de la prestation de ses services est donnée en sous-traitance à des fournisseurs de services indépendants. [85] [99] [106] [113]

L’interprétation du partage des compétences législatives et de leur articulation doit être évolutive et adaptée aux réalités politiques et culturelles changeantes de la société canadienne. Bien que le partage des compétences ne change pas avec le temps, l’agencement des pouvoirs législatif et exécutif prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867* doit être appliqué en fonction des réalités du monde des affaires de 2009 et non être figé en 1867. Les hommes d’État de 1867 ne reconnaîtraient pas le contexte économique actuel du Canada. Il ne faut pas s’attendre à ce qu’un homme porte le manteau qui lui faisait quand il était enfant. Le modèle du manteau qu’il porte maintenant n’a pas changé, mais les manches sont plus longues, le buste plus large, et la chaîne et la trame du tissu sont plus élaborées, plus complexes. [89-90]

Si l’on s’en tient à une méthode d’interprétation constitutionnelle téléologique, ce n’est pas la façon dont était perçu le domaine du transport en 1867 qui importe mais plutôt la façon de rattacher aujourd’hui le niveau de réglementation (fédéral, provincial ou territorial) approprié à la nature et à la portée de l’entreprise. La Constitution ne confère nullement aux provinces une compétence générale en matière de « travaux et entreprises ». Le paragraphe 92(10) accorde aux provinces uniquement la compétence en matière de travaux et entreprises d’une nature locale. Dans la mesure où ces travaux et entreprises de nature locale relient la province « à une autre ou à d’autres provinces, ou

By contracting out part of its transportation operations Fastfrate does not escape federal jurisdiction. [84] [90] [96]

Furthermore, although the technology may differ from one industry to the other, the legal test to determine what constitutes an interprovincial undertaking under s. 92(10)(a) is the same whether it is applied to a communication or a transportation undertaking. No distinction should be drawn and none has been drawn to date in this Court's cases. The test formulated in the s. 92(10)(a) cases is a functional test and it requires a court to focus on what transportation service Fastfrate undertakes to provide to its customers — local or interprovincial. The outcome does not depend on whether, in carrying out its interprovincial freight contracts, Fastfrate does or does not contract with another corporate entity to move the goods across an interprovincial or international boundary. The majority's proposed test focusses on the means through which the undertaking is carried on rather than on the interprovincial service it provides to its customers. [85-86] [104] [107]

In this case, it is evident that Fastfrate operates as a single enterprise and one could not separate the local from the interprovincial without gutting Fastfrate's enterprise as it presently exists. Although Fastfrate attempted to characterize its provincial terminals as relatively independent and self-contained, the fact is that a Fastfrate terminal at the point of a shipment's origin has to be functionally integrated with the operation of the Fastfrate terminal at the point of delivery in order to perform its interprovincial pickup and delivery service. This is not the case of a company that is simply present in each province with a stand-alone operation. On the contrary, each Fastfrate terminal is dependent on its sister terminals; the service offered depends on functional integration in the performance of Fastfrate's contractual interprovincial undertaking to its customers. [116-117]

Cases Cited

By Rothstein J.

Applied: *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; *United Transportation Union v. Central Western Railway Corp.*, [1990] 3 S.C.R. 1112; **distinguished:** *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and*

s'étend[ent] au-delà des limites de la province », ils sont, aujourd'hui comme en 1867, assujettis à la réglementation fédérale en vertu du par. 91(29). En donnant une partie de ses activités de transport en sous-traitance, Fastfrate n'échappe pas à la compétence fédérale. [84] [90] [96]

En outre, même si la technologie peut varier d'un secteur industriel à l'autre, le critère juridique pour déterminer ce qui constitue une entreprise interprovinciale en vertu de l'al. 92(10)a) est le même pour les entreprises de communication que pour les entreprises de transport. Il n'y a pas lieu d'établir une distinction à cet égard, et notre jurisprudence n'en a encore établi aucune. Le critère énoncé dans les affaires relatives à l'al. 92(10)a) est un critère fonctionnel exigeant que le tribunal se concentre sur la nature — locale ou interprovinciale — des services de transport que Fastfrate s'engage à fournir à ses clients. L'issue ne dépend pas de la question de savoir si, dans l'exécution de ses contrats de transport interprovincial, Fastfrate conclut ou non des contrats avec une autre société pour assurer le transport des marchandises au-delà des frontières provinciales ou nationales. Le critère que propose la majorité met l'accent sur les moyens par lesquels l'entreprise est exploitée plutôt que sur le service interprovincial qu'elle offre à ses clients. [85-86] [104] [107]

En l'espèce, il est évident que Fastfrate est exploitée à titre d'entreprise unique et on ne pourrait séparer le service local du service interprovincial sans dénaturer l'entreprise qu'est Fastfrate dans son état actuel. Bien que Fastfrate ait tenté de qualifier ses terminaux provinciaux de terminaux relativement indépendants et autonomes, le fait demeure qu'un terminal de Fastfrate qui se trouve au point d'origine de l'envoi doit être fonctionnellement intégré aux activités du terminal au point de destination afin d'assurer le service de ramassage et de livraison. Il ne s'agit pas ici d'une entreprise qui se trouve simplement présente dans chacune des provinces avec une exploitation indépendante. Au contraire, chaque terminal de Fastfrate dépend des terminaux apparentés; le service offert dépend de l'intégration fonctionnelle dans le respect de l'engagement contractuel interprovincial de Fastfrate envers ses clients. [116-117]

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Arrêts appliqués: *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Travailleurs unis des transports c. Central Western Railway Corp.*, [1990] 3 R.C.S. 1112; **distinction d'avec l'arrêt:** *Alberta Government Telephones c.*

Telecommunications Commission, [1989] 2 S.C.R. 225; **disapproved**: *D.H.L. International Express Ltd.* (1994), 96 di 106; **approved**: *In re Cannet Freight Cartage Ltd.*, [1976] 1 F.C. 174; *Re The Queen and Cottrell Forwarding Co.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 674; **referred to**: *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591; *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236; *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304; *Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] A.C. 541; *Consumers' Association of Canada v. Postmaster General*, [1975] F.C. 11; *Re Ottawa-Carleton Regional Transit Commission and Amalgamated Transit Union, Local 279* (1983), 4 D.L.R. (4th) 452; *Public Service Board v. Dionne*, [1978] 2 S.C.R. 191; *Windsor Airline Limousine Services Ltd. and U.S.W.A.* (1999), 56 C.L.R.B.R. (2d) 70; *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122; *City of Montreal v. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333.

By Binnie J. (dissenting)

United Transportation Union v. Central Western Railway Corp., [1990] 3 S.C.R. 1112; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; *R. v. Toronto Magistrates, Ex Parte Tank Truck Transport Ltd.*, [1960] O.R. 497; *R. v. Cooksville Magistrate's Court, Ex parte Liquid Cargo Lines Ltd.*, [1965] 1 O.R. 84; *Public Service Board v. Dionne*, [1978] 2 S.C.R. 191; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304; *Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] A.C. 541; *Téléphone Guèvremont Inc. v. Québec (Régie des télécommunications)* (1992), 99 D.L.R. (4th) 241, aff'd [1994] 1 S.C.R. 878; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; *Re The Queen and Cottrell Forwarding Co.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 674; *In re Cannet Freight Cartage Ltd.*, [1976] 1

Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes), [1989] 2 R.C.S. 225; **arrêt critiqué**: *Transport Rapide International DHL Ltée* (1994), 96 di 106; **arrêts approuvés**: *In re Cannet Freight Cartage Ltd.*, [1976] 1 C.F. 174; *Re The Queen and Cottrell Forwarding Co.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 674; **arrêts mentionnés**: *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591; *Toronto Electric Commissioners c. Snider*, [1925] A.C. 396; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236; *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304; *Attorney-General for Ontario c. Winner*, [1954] A.C. 541; *Association des consommateurs du Canada c. Ministre des Postes*, [1975] C.F. 11; *Re Ottawa-Carleton Regional Transit Commission and Amalgamated Transit Union, Local 279* (1983), 4 D.L.R. (4th) 452; *Régie des services publics c. Dionne*, [1978] 2 R.C.S. 191; *Windsor Airline Limousine Services Ltd. and U.S.W.A.* (1999), 56 C.L.R.B.R. (2d) 70; *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122; *City of Montreal c. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333.

Citée par le juge Binnie (dissident)

Travailleurs unis des transports c. Central Western Railway Corp., [1990] 3 R.C.S. 1112; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *R. c. Toronto Magistrates, Ex Parte Tank Truck Transport Ltd.*, [1960] O.R. 497; *R. c. Cooksville Magistrate's Court, Ex parte Liquid Cargo Lines Ltd.*, [1965] 1 O.R. 84; *Régie des services publics c. Dionne*, [1978] 2 R.C.S. 191; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304; *Attorney-General for Ontario c. Winner*, [1954] A.C. 541; *Téléphone Guèvremont Inc. c. Québec (Régie des télécommunications)*, [1993] R.J.Q. 77, conf. par [1994] 1 R.C.S. 878; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Re The Queen and Cottrell Forwarding Co.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 674; *In re Cannet Freight*

FC. 174; *D.H.L. International Express Ltd.* (1994), 96 di 106.

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2.
Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)(a), (13), 95.
Railway Act, 1868, S.C. 1868, c. 68.

Authors Cited

Browne, Gerald Peter. *Documents on the Confederation of British North America*. Toronto: McClelland and Stewart, 1969.
 Coyne, H. E. B. *The Railway Law of Canada*. Toronto: Canada Law Book, 1947.
 Fraser, I. H. "Some Comments on Subsection 92(10) of the *Constitution Act, 1867*" (1984), 29 *McGill L.J.* 557.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.
 Kennedy, W. P. M. *Documents of the Canadian Constitution 1759-1915*. Toronto: Oxford University Press, 1918.
 Kennett, Steven A. "Jurisdictional Uncertainty and Pipelines: Is a Judicial Solution Possible?" (1997), 35 *Alta. L. Rev.* 553.
 Labour Law Casebook Group. *Labour and Employment Law: Cases, Materials, and Commentary*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2004.
 McNairn, Colin H. "Transportation, Communication and the Constitution: The Scope of Federal Jurisdiction" (1969), 47 *Can. Bar Rev.* 355.
 Whyte, John D. "Constitutional Aspects of Economic Development Policy", in *Division of Powers and Public Policy*. Toronto: University of Toronto Press, 1985, 29.

Cartage Ltd., [1976] 1 C.F. 174; *Transport Rapide International DHL Ltée* (1994), 96 di 106.

Lois et règlements cités

Acte des chemins de fer, 1868, S.C. 1868, ch. 68.
Code canadien du travail, L.R.C. 1985, ch. L-2.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)(a), (13), 95.

Doctrine citée

Canada. Législature. *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 3^e sess., 8^e parlement provincial du Canada. Québec : Hunter, Rose et Lemieux, 1865.
 Coyne, H. E. B. *The Railway Law of Canada*. Toronto : Canada Law Book, 1947.
 Fraser, I. H. « Some Comments on Subsection 92(10) of the *Constitution Act, 1867* » (1984), 29 *R.D. McGill* 557.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007.
 Kennett, Steven A. « Jurisdictional Uncertainty and Pipelines : Is a Judicial Solution Possible? » (1997), 35 *Alta. L. Rev.* 553.
 Labour Law Casebook Group. *Labour and Employment Law : Cases, Materials, and Commentary*, 7th ed. Toronto : Irwin Law, 2004.
 McNairn, Colin H. « Transportation, Communication and the Constitution : The Scope of Federal Jurisdiction » (1969), 47 *R. du B. can.* 355.
 Québec. Assemblée législative. *Résolutions relatives à l'union proposée des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, 2^e sess., 8^e parl. Québec : Hunter, Rose et Lemieux, 1865.
 Whyte, John D. « Les dimensions constitutionnelles des mesures d'expansion économique », dans *Le partage des pouvoirs et la politique d'État*. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1985, 31.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Conrad, Watson and Slatter JJ.A.), 2007 ABCA 198, 79 Alta. L.R. (4th) 201, 412 A.R. 97, 404 W.A.C. 97, 285 D.L.R. (4th) 137, 147 C.L.R.B.R. (2d) 176, [2007] 11 W.W.R. 579, 67 Admin. L.R. (4th) 1, [2008] CLLC ¶220-019, [2007] A.J. No. 857 (QL), 2007 CarswellAlta 1010, setting aside a decision of Hart J., 2005 ABQB 977, 59 Alta. L.R. (4th) 266, 390 A.R. 354, 263 D.L.R. (4th) 157, 120 C.L.R.B.R. (2d) 301, [2006] 9 W.W.R. 497, [2006] CLLC ¶220-004, [2005] A.J. No. 1793 (QL), 2005

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Conrad, Watson et Slatter), 2007 ABCA 198, 79 Alta. L.R. (4th) 201, 412 A.R. 97, 404 W.A.C. 97, 285 D.L.R. (4th) 137, 147 C.L.R.B.R. (2d) 176, [2007] 11 W.W.R. 579, 67 Admin. L.R. (4th) 1, [2008] CLLC ¶220-019, [2007] A.J. No. 857 (QL), 2007 CarswellAlta 1010, qui a infirmé une décision du juge Hart, 2005 ABQB 977, 59 Alta. L.R. (4th) 266, 390 A.R. 354, 263 D.L.R. (4th) 157, 120 C.L.R.B.R. (2d) 301, [2006] 9 W.W.R. 497, [2006] CLLC ¶220-004, [2005] A.J. No. 1793

CarswellAlta 1923, allowing an application for judicial review of a decision of the Alberta Labour Relations Board (2005), 114 C.L.R.B.R. (2d) 1, [2005] Alta. L.R.B.R. 238, [2005] A.L.R.B.D. No. 92 (QL), 2005 CarswellAlta 940. Appeal allowed, McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ. dissenting.

Thomas W. R. Ross and Trisha Gain, for the appellant.

Clayton Cook, for the respondent the Western Canada Council of Teamsters.

Shawn W. McLeod, for the respondent the Alberta Labour Relations Board.

No one appeared for the respondent the Consolidated Fastfrate Transport Employees' Association of Calgary.

Michael T. Doi and Mark Crow, for the intervenor the Attorney General of Ontario.

Alain Gingras, for the intervenor the Attorney General of Quebec.

The judgment of LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — The issue in this appeal is whether the labour relations of employees of the Calgary branch of Consolidated Fastfrate Transport Inc. (“Fastfrate”) are subject to provincial jurisdiction under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* or federal jurisdiction pursuant to the exception contained in s. 92(10)(a).

[2] This appeal concerns freight forwarding — an industry in which companies consolidate and deconsolidate freight and contract for its shipment with third-party rail and truck carriers, including interprovincial ones. Fastfrate provides consolidation and deconsolidation and pickup and delivery services to its customers across Canada. It typically acts as the consignor and consignee for the third-party carrier such that customers receive a single bill of lading. The question in this case is whether

(QL), 2005 CarswellAlta 1923, qui avait accueilli une demande de contrôle judiciaire d’une décision de l’Alberta Labour Relations Board (2005), 114 C.L.R.B.R. (2d) 1, [2005] Alta. L.R.B.R. 238, [2005] A.L.R.B.D. No. 92 (QL), 2005 CarswellAlta 940. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Binnie et Fish sont dissidents.

Thomas W. R. Ross et Trisha Gain, pour l’appelante.

Clayton Cook, pour l’intimé Western Canada Council of Teamsters.

Shawn W. McLeod, pour l’intimée Alberta Labour Relations Board.

Personne n’a comparu pour l’intimée Consolidated Fastfrate Transport Employees’ Association of Calgary.

Michael T. Doi et Mark Crow, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Alain Gingras, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

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

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si les relations de travail des employés de la succursale de Consolidated Fastfrate Transport Inc. (« Fastfrate ») située à Calgary relèvent de la compétence provinciale aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de la compétence fédérale conformément à l’exception prévue à l’al. 92(10)a).

[2] Le présent pourvoi porte sur les services d’expédition de marchandises — une industrie où les entreprises regroupent et dégroupent les marchandises et concluent des contrats avec des tiers transporteurs ferroviaires et routiers, y compris des transporteurs interprovinciaux, pour le transport de ces marchandises. Fastfrate fournit à ses clients partout au Canada des services de regroupement et de dégroupement, ainsi que des services de ramassage et de livraison. Elle agit habituellement

Fastfrate's provision of such services qualifies it as an interprovincial undertaking even though it does not itself perform any interprovincial carriage of goods.

[3] I am of the view that an undertaking that performs consolidation and deconsolidation and local pickup and delivery services does not become an interprovincial undertaking simply because it has an integrated national corporate structure and contracts with third-party interprovincial carriers. Fastfrate does not perform any interprovincial carriage itself. Absent this, I see no compelling reason to depart from the general rule that works and undertakings are regulated by the provinces. Accordingly, the labour relations of the employees of Calgary Fastfrate are subject to provincial jurisdiction. I would therefore allow the appeal.

I. Facts

[4] The market niche of freight forwarding companies is the consolidation and deconsolidation of freight. This is their economic *raison d'être*. The consolidation and deconsolidation of freight allows customers to benefit from an economy of scale when accessing third-party carriers. As the Alberta Labour Relations Board ("ALRB") noted, "[b]y pooling the small shipments of many customers into full-truckload shipments, Fastfrate can realize economies of scale that the individual customer cannot easily realize, and so can pass the savings to the customer" ((2005), 114 C.L.R.B.R. (2d) 1, at para. 8). Without this consolidation service, customers sending less-than-truckload and less-than-carload shipments would face substantially higher costs.

[5] Fastfrate is a freight forwarding company with branches across Canada, including the Calgary branch at issue in this case. Fastfrate employees pick up and consolidate freight within the originating province and employees of another Fastfrate

comme expéditeur et destinataire pour le tiers transporteur de sorte que les clients ne reçoivent qu'un seul connaissance. La question en l'espèce est de savoir si, en raison des services qu'elle offre, Fastfrate peut être qualifiée d'entreprise interprovinciale même si elle ne transporte pas elle-même les marchandises d'une province à l'autre.

[3] Je suis d'avis qu'une entreprise qui fournit des services de regroupement et de dégroupement ainsi que des services locaux de ramassage et de livraison ne devient pas une entreprise interprovinciale simplement en raison d'une structure organisationnelle nationale intégrée et des contrats qu'elle conclut avec des tiers transporteurs interprovinciaux. Fastfrate n'effectue elle-même aucun transport interprovincial. Sans cela, je ne vois aucune raison convaincante d'écarter la règle générale selon laquelle les travaux et entreprises sont assujettis à la réglementation des provinces. Par conséquent, les relations de travail des employés de la succursale de Fastfrate à Calgary relèvent de la compétence provinciale. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

I. Faits

[4] Le créneau de marché des entreprises d'expédition de marchandises est le regroupement et le dégroupement des marchandises. Il s'agit là de leur raison d'être économique. Ces services permettent aux clients de bénéficier d'une économie d'échelle lorsqu'ils accèdent aux tiers transporteurs. Comme l'a fait remarquer l'Alberta Labour Relations Board (« ALRB »), [TRADUCTION] « [e]n regroupant les petits envois de plusieurs clients dans des envois en camion complet, Fastfrate peut réaliser des économies d'échelle que le client individuel ne peut facilement obtenir; elle fait ainsi profiter les clients de ces économies » ((2005), 114 C.L.R.B.R. (2d) 1, par. 8). Sans ce service de regroupement, les clients qui expédient des chargements ou des conteneurs incomplets devraient assumer des coûts sensiblement plus élevés.

[5] Fastfrate est une entreprise d'expédition de marchandises qui a des succursales partout au Canada, notamment celle de Calgary visée en l'espèce. Les employés de Fastfrate ramassent et regroupent les marchandises dans la province d'où

branch deconsolidate and deliver the freight in the receiving province. Fastfrate contracts with third-party trucking and railway companies, primarily the Canadian Pacific Railway Company (“CPR”), for the interprovincial carriage of the goods.

[6] In most cases, Fastfrate and its employees play no role in the operation of CPR’s interprovincial railway system. As the ALRB noted, “[o]nly CP Rail employees and equipment load and unload rail cars” (para. 18). The one exception to this rule is in Thunder Bay, where Fastfrate “has a contract to act as the yard operator for CP Rail’s small intermodal terminal facility” (para. 18).

[7] The ALRB also found that Fastfrate’s employees and equipment do not cross provincial boundaries, subject to one now discontinued exception. Until November 2004, Fastfrate employees transported freight between their Ottawa and Montreal branches. Fastfrate ceased this practice in 2004, in part, because it raised a “contentious issue” for jurisdictional determinations (para. 17). The ALRB found these exceptions relevant only insofar as they proved the “rule” of Calgary Fastfrate’s operations:

That rule is, as we have stated: Fastfrate performs the pick-up and consolidation of freight at one end of the transaction and it performs the deconsolidation and delivery at the other end of the transaction, using its own terminal employees and mostly (but not exclusively) its own local drivers and trucks. But any component of its service that involves transport of the freight across provincial boundaries is contracted to a third-party interprovincial road or rail carrier. [Emphasis added; para. 19.]

[8] In terms of corporate structure, Fastfrate’s head office is located in Mississauga, Ontario. Fastfrate has a team of three regional vice-presidents who, with regional managers, oversee a series of local branch offices throughout Canada, each with a

elles sont expédiées et les employés d’une autre succursale de Fastfrate les dégroupent et les livrent dans la province où elles sont expédiées. Fastfrate confie le transport interprovincial des marchandises à des sociétés de camionnage et de chemin de fer, principalement le Chemin de fer Canadien Pacifique (« CP »).

[6] Dans la plupart des cas, Fastfrate et ses employés ne contribuent aucunement à l’exploitation du réseau ferroviaire interprovincial de CP. Comme l’a souligné l’ALRB, [TRADUCTION] « [s]euls les employés de CP, à l’aide du matériel de cette dernière, chargent et déchargent les wagons ferroviaires » (par. 18). La succursale de Thunder Bay, où Fastfrate [TRADUCTION] « s’est vue confier par contrat les manœuvres de triage pour la petite installation terminale intermodale de CP » (par. 18) fait seule exception à cette règle.

[7] L’ALRB a aussi conclu que ni les employés ni le matériel de Fastfrate ne franchissent les frontières provinciales, sous réserve d’une exception à laquelle elle a mis fin depuis. Jusqu’en novembre 2004, les employés de Fastfrate ont transporté des marchandises entre leurs succursales d’Ottawa et de Montréal. Fastfrate a mis fin à cette pratique en 2004, en partie parce qu’elle soulevait une [TRADUCTION] « question litigieuse » en matière de compétence (par. 17). L’ALRB a jugé ces exceptions pertinentes seulement dans la mesure où elles font preuve de la « règle » applicable aux activités de la succursale de Fastfrate à Calgary :

[TRADUCTION] Comme nous l’avons déjà dit, cette règle est la suivante : Fastfrate ramasse et regroupe les marchandises au début de l’opération et dégroupé et livre les marchandises à la fin, à l’aide de ses propres employés de terminal et principalement (mais pas exclusivement) de ses propres conducteurs et camions locaux. Cependant, toute partie de son service qui exige le transport interprovincial de marchandises est donnée en sous-traitance à un tiers transporteur routier ou ferroviaire interprovincial. [Je souligne; par. 19.]

[8] En ce qui concerne la structure organisationnelle, le bureau principal de Fastfrate est situé à Mississauga, en Ontario. Fastfrate possède une équipe de trois vice-présidents régionaux qui, avec les directeurs régionaux, supervisent plusieurs

branch manager. Decisions regarding rates, asset acquisition and other matters of general profitability are made at the regional or national level (ALRB, at para. 31). Employees at the branch offices deal directly with consignors, consignees and manage their own accounts receivable (ALRB, at para. 30). Branch managers are responsible for the day-to-day management of each branch, including hiring, dismissing and scheduling employees. However, regional managers will only sign collective agreements with the approval of a regional vice-president (ALRB, at para. 33).

II. Judicial History

[9] In June 2004, the Consolidated Fastfrate Transport Employees' Association of Calgary ("Calgary Association") applied to the ALRB for a declaration on whether the labour relations of Calgary Fastfrate are subject to provincial or federal regulation. This application was in response to an earlier application by the Western Canada Council of Teamsters ("Teamsters") to be certified by the Canada Industrial Relations Board as the regional bargaining unit of Fastfrate employees for Alberta, Saskatchewan and Manitoba (ALRB, at para. 4). The Teamsters' consolidation application, if successful, would have had "the effect of displacing or 'raiding' the [Calgary] association for its Calgary bargaining unit" (ALRB, at para. 4).

A. *Decision of the Alberta Labour Relations Board* (2005), 114 C.L.R.B.R. (2d) 1

[10] In its July 2005 decision, the ALRB held that Calgary Fastfrate's operations were within federal jurisdiction and, therefore, subject to the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2.

[11] The ALRB considered and rejected the Teamsters' argument that Calgary Fastfrate's labour relations are subject to federal regulation on the basis of "'derivative' federal jurisdiction". The

succursales locales un peu partout au Canada, chacune ayant un directeur de succursale. Les décisions concernant les tarifs, l'acquisition d'éléments d'actif et les autres questions de rentabilité sont prises au niveau régional ou national (ALRB, par. 31). Les employés des succursales font directement affaire avec les expéditeurs et les destinataires, et ils gèrent leurs propres comptes clients (ALRB, par. 30). Les directeurs de succursale sont responsables de la gestion quotidienne de leur succursale, y compris l'embauche, le congédiement et l'horaire des employés. Toutefois, les directeurs régionaux ne signent les conventions collectives qu'avec l'approbation d'un vice-président régional (ALRB, par. 33).

II. Historique judiciaire

[9] En juin 2004, la Consolidated Fastfrate Transport Employees' Association of Calgary (« Association ») a demandé à l'ALRB un jugement déclaratoire relativement à la question de savoir si les relations de travail de la succursale de Fastfrate à Calgary sont assujetties à la réglementation provinciale ou fédérale. Cette demande donnait suite à une demande présentée précédemment par le Western Canada Council of Teamsters (le « conseil des Teamsters ») en vue d'obtenir du Conseil canadien des relations industrielles l'accréditation comme unité de négociation régionale pour les employés de Fastfrate en Alberta, en Saskatchewan et au Manitoba (ALRB, par. 4). Si elle avait été accueillie, la demande du conseil des Teamsters aurait eu [TRADUCTION] « pour effet d'écartier ou d'absorber l'Association [de Calgary] en tant qu'unité de négociation à Calgary » (ALRB, par. 4).

A. *Décision de l'Alberta Labour Relations Board* (2005), 114 C.L.R.B.R. (2d) 1

[10] Dans sa décision de juillet 2005, l'ALRB a conclu que les activités de la succursale de Fastfrate à Calgary relevaient de la compétence fédérale et étaient, par conséquent, assujetties au *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, ch. L-2.

[11] L'ALRB a examiné et écarté l'argument du conseil des Teamsters selon lequel les relations de travail de la succursale de Fastfrate à Calgary sont assujetties à la réglementation fédérale en

ALRB found that Fastfrate's operations were not "essential or integral" to the CPR or any other inter-provincial undertaking: see *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529 (the "*Stevedores Reference*"). The ALRB concluded that the jurisdictional analysis must centre on the nature of Fastfrate as an undertaking in its own right.

[12] The ALRB relied heavily on evidence of organizational integration between Fastfrate's head office and its branches in its jurisdictional analysis. The ALRB applied the "dominant purpose" approach adopted by the Canada Labour Relations Board ("CLRB") in *D.H.L. International Express Ltd.* (1994), 96 di 106 ("*DHL*"), and the "three-fold unity" test proposed by S. A. Kennett in his article, "Jurisdictional Uncertainty and Pipelines: Is a Judicial Solution Possible?" (1997), 35 *Alta. L. Rev.* 553. When the ALRB examined "the operations of the Calgary Fastfrate location and the rest of the Fastfrate organization for unity of ownership, unity of purpose and unity of control", it concluded that "the Calgary Fastfrate location is part of a single, indivisible interprovincial undertaking" (para. 55).

[13] The ALRB distinguished the facts of the present case from *In re Cannet Freight Cartage Ltd.*, [1976] 1 F.C. 174, and *Re The Queen and Cottrell Forwarding Co.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 674. In *Cannet* and *Cottrell*, the Federal Court of Appeal and the Ontario Divisional Court respectively held that freight forwarders were subject to provincial jurisdiction. The ALRB distinguished the present case on the basis that "in neither *Cannet* nor *Cottrell* was there evidence that the freight forwarder regularly engaged in deconsolidation and delivery of freight on its own account at the destination end of the shipment" (para. 51). In the ALRB's view, this fact, along with Fastfrate's integrated corporate structure, was sufficient to constitute Fastfrate as an interprovincial undertaking for constitutional purposes.

raison d'une [TRADUCTION] « compétence fédérale "dérivée" ». L'ALRB a conclu que les activités de Fastfrate n'étaient pas « essentielles ou vitales » pour le CP ou pour toute autre entreprise interprovinciale : voir *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529 (l'« *Affaire des débardeurs* »). L'ALRB a conclu que l'analyse relative à la compétence doit porter essentiellement sur la nature de Fastfrate à titre d'entreprise autonome.

[12] Dans son analyse relative à la compétence, l'ALRB s'est largement fondé sur la preuve de l'intégration organisationnelle entre le bureau principal de Fastfrate et ses succursales. L'ALRB a appliqué l'approche du but ou de l'objectif principal adoptée par le Conseil canadien des relations du travail (« CCRT ») dans *Transport Rapide International DHL Ltée* (1994), 96 di 106 (« *DHL* »), ainsi que le critère [TRADUCTION] « de l'unité à trois volets » proposé par S. A. Kennett dans son article, « Jurisdictional Uncertainty and Pipelines : Is a Judicial Solution Possible? » (1997), 35 *Alta. L. Rev.* 553. Après avoir examiné [TRADUCTION] « les activités de la succursale de Fastfrate à Calgary et le reste de l'organisation de Fastfrate sous l'angle de l'unité de propriété, d'objet et de contrôle », l'ALRB a conclu que « la succursale de Calgary fait partie d'une entreprise interprovinciale unique et indivisible » (par. 55).

[13] L'ALRB a établi une distinction entre les faits de la présente affaire et ceux des affaires *In re Cannet Freight Cartage Ltd.*, [1976] 1 C.F. 174, et *Re The Queen and Cottrell Forwarding Co.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 674. Dans *Cannet* et dans *Cottrell*, la Cour d'appel fédérale et la Cour divisionnaire de l'Ontario ont respectivement conclu que les transitaires relevaient de la compétence provinciale. L'ALRB a distingué la présente affaire pour le motif que [TRADUCTION] « dans *Cannet* et *Cottrell*, rien n'indique que le transitaire a, pour son propre compte, régulièrement participé au dégroupement et à la livraison des marchandises au point de destination des chargements » (par. 51). Selon l'ALRB, ce fait, ainsi que la structure organisationnelle intégrée de Fastfrate, permettaient de conclure que Fastfrate est une entreprise interprovinciale sur le plan constitutionnel.

B. *Decision of the Court of Queen's Bench of Alberta (Hart J.)*, 2005 ABQB 977, 59 Alta. L.R. (4th) 266

[14] Fastfrate sought judicial review of the ALRB decision. The reviewing judge quashed the ALRB decision and held that Calgary Fastfrate's labour relations were subject to provincial regulation. He reaffirmed the existing provincial certification order.

[15] The reviewing judge agreed with the ALRB that derivative federal jurisdiction was not at issue in this case. He found Fastfrate's operations easily distinguishable from the stevedoring company in the *Stevedores Reference*.

[16] As for the proper characterization of Fastfrate as an undertaking, the central question for the reviewing judge was whether "Fastfrate [is] best described as a series of effectively independent *intra-provincial* undertakings, albeit grouped within an overarching corporate control architecture, or . . . as a single undertaking with a dominant *interprovincial* purpose?" (para. 23 (emphasis in original)). He concluded that the existence of an overarching corporate structure was insufficient to qualify Fastfrate and its provincial branches as a single federal undertaking. Absent any physical involvement in the interprovincial carriage of goods, there was "insufficient reason to displace the dominant presumption of provincial jurisdiction over labour relations" (para. 44).

C. *Decision of the Alberta Court of Appeal*, 2007 ABCA 198, 79 Alta. L.R. (4th) 201

(i) Watson and Slatter J.J.A. for the Majority

[17] Watson J.A. for the majority of the Court of Appeal held that the reviewing judge erred in law when he overturned the ALRB's decision and

B. *Décision de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (le juge Hart)*, 2005 ABQB 977, 59 Alta. L.R. (4th) 266

[14] Fastfrate a demandé le contrôle judiciaire de la décision de l'ALRB. Le juge chargé du contrôle a annulé la décision et a conclu que les relations de travail de la succursale de Fastfrate à Calgary étaient assujetties à la réglementation provinciale. Il a confirmé l'ordonnance d'accréditation provinciale en vigueur.

[15] Le juge chargé du contrôle partageait le point de vue de l'ALRB selon lequel la compétence fédérale dérivée n'était pas en cause dans la présente affaire. Selon lui, les activités de Fastfrate se distinguaient facilement de celles de la société d'arrimage dans l'*Affaire des débardeurs*.

[16] En ce qui concerne le caractère approprié de la qualification de Fastfrate à titre d'entreprise, le juge chargé du contrôle s'est principalement demandé s'il [TRADUCTION] « était plus juste de décrire Fastfrate comme une série d'entreprises *intraprovinciales* effectivement indépendantes, quoique réunies dans une structure générale de contrôle de l'entreprise, ou [. . .] comme une entreprise unique dont le but principal est le transport *interprovincial* » (par. 23 (en italique dans l'original)). Il a conclu que l'existence d'une structure organisationnelle générale était insuffisante pour qualifier Fastfrate et ses succursales provinciales d'entreprise fédérale unique. En l'absence d'une participation active au transport interprovincial des marchandises, il n'y avait pas [TRADUCTION] « de raisons suffisantes d'écarter la présomption dominante de compétence provinciale en matière de relations de travail » (par. 44).

C. *Décision de la Cour d'appel de l'Alberta*, 2007 ABCA 198, 79 Alta L.R. (4th) 201

(i) Les juges Watson et Slatter, pour la majorité

[17] Au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, le juge Watson a conclu que le juge chargé du contrôle a commis une erreur de droit en

affirmed the provincial certification order. Watson J.A. concluded that Fastfrate “operates an inter-provincial freight collection and delivery service” (para. 75) and is therefore subject to federal regulation.

[18] Watson J.A. took issue with the reviewing judge’s emphasis on physical involvement in inter-provincial carriage. On their reading, the jurisprudence does not require a “threshold of tangible and physical connection” between provinces for an undertaking to qualify as interprovincial under s. 92(10)(a) (para. 46). Rather, the focus should be on the functional nature of the undertaking. “[T]he test”, Watson J.A. wrote, “must consider the reality of the situation globally” (para. 53).

[19] Watson J.A. was persuaded by the CLRB’s reasoning in *DHL*. In that case, the CLRB held that the freight forwarder D.H.L. International Express Ltd. (“DHL Ltd.”) was subject to federal jurisdiction. DHL Ltd. was an “express pick-up and delivery courier service” with offices throughout Canada (p. 107). It contracted with commercial and charter airlines to provide express delivery to interprovincial and international destinations. The CLRB found that even though DHL Ltd. contracted out actual interprovincial and international transportation, its “dominant purpose” was nevertheless interprovincial. The CLRB held that DHL Ltd. was a single, indivisible federal undertaking engaged in the international and interprovincial delivery of goods and documents. Watson J.A. concluded that “[t]he *DHL* case is sound” (para. 71).

[20] Applying the reasoning in *DHL* to the present case, the majority of the Court of Appeal concluded that Fastfrate operates as “an interprovincial freight collection and delivery service”

infirmant la décision de l’ALRB et en confirmant l’ordonnance d’accréditation provinciale. Dans sa conclusion, le juge Watson a affirmé que Fastfrate [TRADUCTION] « exploite un service interprovincial de ramassage et de livraison de marchandises » (par. 75) et est donc assujettie à la réglementation fédérale.

[18] Le juge Watson a exprimé son désaccord quant à l’importance que le juge chargé du contrôle a accordé à la participation active de Fastfrate au transport interprovincial. Selon son interprétation, la jurisprudence n’impose pas [TRADUCTION] « comme critère préliminaire l’existence d’un lien tangible et matériel » entre les provinces pour qu’une entreprise soit considérée comme interprovinciale au sens de l’al. 92(10)a) (par. 46). L’accent devrait plutôt être mis sur la nature fonctionnelle de l’entreprise. Selon le juge Watson, [TRADUCTION] « le test [. . .] doit tenir compte de la réalité de l’ensemble de la situation » (par. 53).

[19] Le juge Watson a souscrit au raisonnement du CCRT dans *DHL*. Dans cette affaire, le CCRT a conclu que le transitaire Transport Rapide International DHL Ltée (« DHL Ltée ») relevait de la compétence fédérale. DHL Ltée offrait un « service de cueillette et de livraison rapide d’envois » et possédait des bureaux dans tout le Canada (p. 107). Le transitaire concluait des contrats avec des sociétés aériennes commerciales et des exploitants de vols d’affrètement afin d’assurer les services de livraison spéciale aux destinations interprovinciales et internationales. Le CCRT a conclu que même si DHL Ltée avait sous-traité le transport interprovincial et international, son « objectif principal » était tout de même interprovincial. Le CCRT a conclu que DHL Ltée était une entreprise fédérale unique et indivisible qui effectuait la livraison internationale et interprovinciale de marchandises et de documents. Le juge Watson a conclu que [TRADUCTION] « [l]’affaire *DHL* est bien-fondée » (par. 71).

[20] Après avoir appliqué le raisonnement suivi dans *DHL* à l’espèce, la majorité de la Cour d’appel a conclu que Fastfrate exploite un [TRADUCTION] « service interprovincial de ramassage et de

(para. 75). Fastfrate's labour relations were therefore found to be subject to federal regulation under the s. 92(10)(a) exception.

(ii) Conrad J.A. (in Dissent)

[21] Conrad J.A. held, in dissent, that Fastfrate's labour relations are subject to provincial regulation. Conrad J.A. focussed on the specific services that Fastfrate performs, rather than the services which it contracts out. She noted that Fastfrate collects, organizes, consolidates, and deconsolidates freight at a variety of branches and negotiates rates for third-party transportation (para. 82). The only transportation services Fastfrate actually performs itself are intraprovincial pickups and deliveries. All interprovincial transportation is carried out by third parties. For Conrad J.A., it "follow[ed] that Fastfrate is not an interprovincial or international transportation undertaking" (para. 82). The fact that its provincial operations are functionally integrated into a single corporate structure does not change the reality that the only transportation services Fastfrate performs itself are intraprovincial.

[22] Conrad J.A. concluded that the ALRB erred by focussing on the degree of corporate integration between Fastfrate's provincial branches and its head office. For Conrad J.A., the ALRB's constitutional inquiry was skewed from the outset because it focussed on the unity of the national enterprise, rather than determining whether there was an interprovincial undertaking in the first place (para. 106). In order to determine whether Fastfrate is an interprovincial transportation undertaking, the ALRB should have considered whether Fastfrate was actually "transporting" freight across provincial or international boundaries. This analysis was never undertaken by the ALRB.

[23] Unlike the majority, Conrad J.A. did not accept the ALRB's reasoning in *DHL*. She disagreed that a freight forwarder that does not itself perform interprovincial carriage of freight can

livraison de marchandises » (par. 75). Elle a donc statué que les relations de travail de Fastfrate sont assujetties à la réglementation fédérale en vertu de l'exception prévue à l'al. 92(10)a).

(ii) La juge Conrad (dissidente)

[21] La juge Conrad, dissidente, a conclu que les relations de travail de Fastfrate étaient assujetties à la réglementation provinciale. Elle a examiné plus particulièrement les services assurés par Fastfrate plutôt que les services donnés en sous-traitance. Elle a fait remarquer que Fastfrate ramasse, organise, regroupe et dégroupé les marchandises dans plusieurs succursales en plus de négocier les tarifs applicables au service de transport assuré par des tiers (par. 82). Les seuls services de transport que Fastfrate exécute elle-même sont les collectes et livraisons intraprovinciales. Tous les services de transport interprovincial sont fournis par des tiers. Pour la juge Conrad, il [TRADUCTION] « s'ensuit que Fastfrate n'est pas une entreprise de transport interprovinciale ou internationale » (par. 82). Le fait que ses activités provinciales soient intégrées d'un point de vue fonctionnel dans une seule structure organisationnelle unique ne change rien au fait que les seuls services de transport que Fastfrate assure elle-même sont intraprovinciaux.

[22] La juge Conrad a conclu que l'ALRB a commis une erreur en s'attardant au niveau d'intégration organisationnelle qui existe entre les succursales provinciales de Fastfrate et son bureau principal. Selon elle, l'analyse constitutionnelle de l'ALRB était faussée dès le départ parce qu'elle était axée sur l'unité de l'entreprise nationale, et non sur la question de savoir s'il s'agissait d'abord d'une entreprise interprovinciale (par. 106). Pour déterminer si Fastfrate est une entreprise de transport interprovincial, l'ALRB aurait dû se demander si Fastfrate « transportait » bel et bien des marchandises d'une province à l'autre, ou d'un pays à l'autre. L'ALRB n'a jamais procédé à cette analyse.

[23] Contrairement à la majorité, la juge Conrad n'a pas accepté le raisonnement du CCRT dans *DHL*. Elle a rejeté le point de vue selon lequel un transitaire qui n'effectue pas lui-même le transport

nevertheless be considered an interprovincial transportation undertaking (para. 118). In her view, the fact that a company, such as DHL Ltd. or Fastfrate, may have a national head office and an integrated network of provincial terminals does not transform it into an interprovincial undertaking subject to federal jurisdiction. Likewise, the existence of corporate contracts between a freight forwarder and interprovincial carriers does not change the nature of the freight forwarder undertaking itself.

[24] Conrad J.A. therefore concluded that Fastfrate was not an interprovincial undertaking pursuant to s. 92(10)(a). She would have dismissed the appeal.

III. Relevant Constitutional Provisions

[25] This case concerns the classification of an “undertaking” pursuant to the *Constitution Act, 1867*. The relevant sections are:

91. . . . the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say, —

29. Such Classes of Subjects as are expressly excepted in the Enumeration of the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces.

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say, —

10. Local Works and Undertakings other than such as are of the following Classes: —

a. Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs, and other Works and

interprovincial de marchandises peut néanmoins être considéré comme une entreprise de transport interprovincial (par. 118). À son avis, le fait qu’une entreprise, telle que DHL Ltée ou Fastfrate, puisse avoir un bureau principal national et un réseau intégré de terminaux provinciaux n’en fait pas une entreprise interprovinciale de compétence fédérale. De même, l’existence de contrats entre un transitaire et des transporteurs interprovinciaux ne change pas la nature de l’entreprise du transitaire en soi.

[24] Par conséquent, le juge Conrad a conclu que Fastfrate n’était pas une entreprise interprovinciale pour l’application de l’al. 92(10)a). Elle aurait rejeté l’appel.

III. Dispositions constitutionnelles pertinentes

[25] Le présent pourvoi porte sur la qualification d’une « entreprise » au sens de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les dispositions pertinentes sont les suivantes :

91. . . . l’autorité législative exclusive du parlement du Canada s’étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

29. Les catégories de sujets expressément exceptés dans l’énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par la présente loi aux législatures des provinces.

92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

10. Les travaux et entreprises d’une nature locale, autres que ceux énumérés dans les catégories suivantes : —

a. Lignes de bateaux à vapeur ou autres bâtiments, chemins de fer, canaux, télégraphes et

Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province:

autres travaux et entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province;

13. Property and Civil Rights in the Province.

13. La propriété et les droits civils dans la province;

IV. Analysis

IV. Analyse

A. *Standard of Review*

A. *Norme de contrôle*

[26] The parties agree that the applicable standard of review in cases of constitutional interpretation is correctness: see *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, at p. 17. However, as the respondent Teamsters also note, the ALRB's constitutional analysis rested on its factual findings. Where it is possible to treat the constitutional analysis separately from the factual findings that underlie it, curial deference is owed to the initial findings of fact: see *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591, at para. 19. In the present case, I agree with the majority of the Court of Appeal that the ALRB's factual findings regarding the operations and organizational structure of Fastfrate merit deference.

[26] Les parties conviennent que la norme de contrôle applicable dans les affaires d'interprétation constitutionnelle est celle de la décision correcte : voir *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, p. 17. Toutefois, comme le fait également remarquer le conseil des Teamsters intimé, l'analyse constitutionnelle de l'ALRB reposait sur ses conclusions de fait. Lorsqu'il est possible de traiter l'analyse constitutionnelle séparément des conclusions de fait qui la sous-tendent, il convient de faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de ces conclusions de fait initiales : voir *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591, par. 19. En l'espèce, je suis d'accord avec les juges majoritaires de la Cour d'appel pour dire que la déférence s'impose à l'égard des conclusions de fait tirées par l'ALRB quant aux activités et à la structure organisationnelle de Fastfrate.

B. *Constitutional Landscape of Labour Relations*

B. *Paysage constitutionnel des relations de travail*

[27] The basic rule in the division of powers over labour relations is that the provinces have jurisdiction over industries that fall within provincial legislative authority and the federal government has jurisdiction over those that fall within federal legislative authority: see *Labour and Employment Law: Cases, Materials, and Commentary* (7th ed. 2004), at p. 85. However, as the jurisprudence makes clear, federal jurisdiction has been interpreted narrowly in this context. In *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396, the Judicial Committee of the Privy Council held that the s. 92(13) provincial head of power over "Property and Civil Rights"

[27] Suivant le principe fondamental du partage des compétences en matière de relations de travail, les provinces ont compétence sur les industries qui relèvent de la compétence législative provinciale et le gouvernement fédéral a compétence sur celles qui relèvent de la compétence législative fédérale : voir *Labour and Employment Law : Cases, Materials, and Commentary* (7^e éd. 2004), p. 85. Toutefois, comme il ressort clairement de la jurisprudence, la compétence fédérale a été interprétée de façon restrictive dans ce contexte. Dans *Toronto Electric Commissioners c. Snider*, [1925] A.C. 396, le Comité judiciaire du Conseil privé a conclu que

in the provinces includes labour relations. It is only where a work or undertaking qualifies as federal that provincial jurisdiction is ousted.

[28] In *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115, Dickson J. (as he then was) summarized the principles that govern federal-provincial jurisdiction over labour relations, at p. 132:

(1) Parliament has no authority over labour relations as such nor over the terms of a contract of employment; exclusive provincial competence is the rule.

(2) By way of exception, however, Parliament may assert exclusive jurisdiction over these matters if it is shown that such jurisdiction is an integral part of its primary competence over some other single federal subject.

(5) The question whether an undertaking, service or business is a federal one depends on the nature of its operation. [Emphasis added.]

Under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*, therefore, provincial jurisdiction is the norm. Federal jurisdiction extends only to those classes of subjects expressly excepted from the provincial heads of power and those enterprises deemed integral to such federal works and undertakings. As I will discuss, s. 92(10)(a), itself a limited carve-out, provides for such a federal exception. The question in this case is whether the nature of the operations of Fastfrate are subject to provincial or federal jurisdiction.

C. *Division of Powers (Sections 91 to 95)*

[29] The division of powers in ss. 91 to 95 of the *Constitution Act, 1867* form the bedrock of our federal system. They seek to preserve local diversity within the federal nation by conferring “[b]road powers” on provincial legislatures, while at the same time “reserving to Parliament powers

la compétence conférée aux provinces par le par. 92(13) sur la « propriété et les droits civils » dans les provinces s’étend aux relations de travail. Ce n’est que dans la mesure où les travaux ou entreprises sont qualifiés de fédéraux que la compétence provinciale est écartée.

[28] Dans *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a résumé à la p. 132 les principes régissant le partage des compétences en matière de relations de travail :

(1) Les relations de travail comme telles et les termes d’un contrat de travail ne relèvent pas de la compétence du Parlement; les provinces ont une compétence exclusive dans ce domaine.

(2) Cependant, par dérogation à ce principe, le Parlement peut faire valoir une compétence exclusive dans ces domaines s’il est établi que cette compétence est partie intégrante de sa compétence principale sur un autre sujet.

(5) La question de savoir si une entreprise, un service ou une affaire relève de la compétence fédérale dépend de la nature de l’exploitation. [Je souligne.]

Aux termes de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la compétence provinciale est donc la norme. La compétence fédérale n’englobe que les catégories de sujets expressément exceptées dans les compétences provinciales et les entreprises jugées indispensables à ces travaux et entreprises fédéraux. Comme je l’expliquerai plus loin, l’al. 92(10)(a), lui-même une exclusion limitée, prévoit une telle exception fédérale. La question en l’espèce est de savoir si, en raison de la nature de ses activités, Fastfrate relève de la compétence provinciale ou de la compétence fédérale.

C. *Partage des compétences (art. 91 à 95)*

[29] Le partage des compétences prévu aux art. 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867* constitue le fondement de notre système fédéral. Il vise à respecter la diversité locale au sein de la nation fédérale en conférant de « larges pouvoirs » aux législatures provinciales, tout en « réservant au

better exercised in relation to the country as a whole”: *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3 (per Binnie and LeBel JJ., at para. 22).

[30] Federalism exists as a fine balance between local governance and centralized decision making. As Binnie and LeBel JJ. observed, at para. 22, in *Canadian Western Bank*:

The fundamental objectives of federalism were, and still are, to reconcile unity with diversity, promote democratic participation by reserving meaningful powers to the local or regional level and to foster co-operation among governments and legislatures for the common good.

D. *Guiding Principles: Interpreting Section 92(10)(a)*

[31] It is within this federal framework that the present case arises. This is especially true with respect to s. 92(10), which itself embodies the dual principles of local and centralized decision making that are essential to balancing local diversity with national unity. Section 92(10) provides that “Works and Undertakings” are subject to local regulation. A work or undertaking is subject to federal jurisdiction only where an exception is made out. Local regulation is the rule; federal regulation, the exception.

[32] Section 92(10) must be read in context. As Professor Hogg states, while the interpretation of the *Constitution Act, 1867* must be flexible enough to account for that which was unforeseen in 1867, “[c]onstitutional language, like the language of other texts, must be ‘placed in its proper linguistic, philosophical and historical contexts’” and “must be anchored in the historical context of the provision”: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. 2007), vol. 1, at p. 476, citing *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, per Dickson J., and *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236.

Parlement des pouvoirs dont l’exercice se prêtait davantage à l’ensemble du pays » : *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3 (les juges Binnie et LeBel, par. 22).

[30] Le fédéralisme établit un juste équilibre entre la gouvernance locale et le processus décisionnel centralisé. Comme les juges Binnie et LeBel l’ont fait remarquer dans *Banque canadienne de l’Ouest*, au par. 22 :

Le fédéralisme avait, et a toujours, pour objectifs fondamentaux de concilier l’unité et la diversité, de promouvoir la participation démocratique en réservant des pouvoirs réels aux instances locales ou régionales, ainsi que de favoriser la coopération des différents gouvernements et législatures dans la recherche du bien commun.

D. *Principes directeurs : interprétation de l’al. 92(10)a*

[31] C’est dans ce régime fédéral que s’inscrit le présent pourvoi. Cela est d’autant plus vrai à l’égard du par. 92(10), lequel englobe à lui seul les principes du processus décisionnel local et du processus décisionnel centralisé qui sont essentiels à l’établissement d’un juste équilibre entre la diversité locale et l’unité nationale. Le paragraphe 92(10) prévoit que les « travaux et entreprises » sont assujettis à la réglementation locale. Ils ne relèvent de la compétence fédérale que si une exception est prévue. La réglementation locale est la règle, la réglementation fédérale, l’exception.

[32] Le paragraphe 92(10) doit être interprété dans son contexte. Comme le dit le professeur Hogg, bien que l’interprétation de la *Loi constitutionnelle de 1867* doive être suffisamment souple pour tenir compte de ce qui était imprévu en 1867, [TRADUCTION] « [l]e texte constitutionnel, comme celui des autres textes, doit être “situé dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés” » et « doit être ancré dans le contexte historique de la disposition » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. 2007), vol. 1, p. 476, citant *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344, le juge Dickson, et *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236.

(i) History and Purpose of Section 92(10)(a)

[33] At the time of Confederation, the division of powers between the two levels of government was framed as a balance between “the general interests of the Confederacy as a whole” and “local interests”. As then Attorney General John A. Macdonald said on February 6, 1865 in the Debates in the Canadian Parliament on Confederation, 1865:

[A]ny honorable member on examining the list of different subjects which are to be assigned to the General and Local Legislatures respectively, will see that all the great questions which affect the general interests of the Confederacy as a whole, are confided to the Federal Parliament, while the local interests and local laws of each section are preserved intact, and entrusted to the care of the local bodies. [Emphasis added.]

(Cited in W. P. M. Kennedy, *Documents of the Canadian Constitution 1759-1915* (1918), at p. 613.)

Concerning works and undertakings, specifically, he continued:

It will be seen that the local legislatures have the control of all local works; and it is a matter of great importance, and one of the chief advantages of the Federal Union and of local legislatures, that each province will have the power and means of developing its own resources and aiding its own progress after its own fashion and in its own way. Therefore all the local improvements, all local enterprises or undertakings of any kind, have been left to the care and management of the local legislatures of each province. It is provided that all “lines of steam or other ships, railways, canals and other works, connecting any two or more of the provinces together or extending beyond the limits of any province,” shall belong to the General Government, and be under the control of the General Legislature. In like manner “lines of steamships between the Federated Provinces and other countries, telegraph communication and the incorporation of telegraph companies, and all such works as shall, although lying within any province, be specially declared by the Acts authorizing them to be for the general advantage,” shall belong to the General Government. For instance the Welland Canal, though lying wholly within one section, and the St. Lawrence Canals in two only, may be properly considered national works, and for the general benefit of the

(i) Historique et objectif de l’al. 92(10)a)

[33] Au moment de la Confédération, le partage des pouvoirs entre les deux paliers de gouvernement constituait un équilibre entre « les intérêts de la confédération dans son ensemble » et les « questions [. . .] d’intérêt local ». Comme l’a dit le procureur général de l’époque, John A. Macdonald, le 6 février 1865, dans les débats parlementaires sur la question de la Confédération :

[T]out honorable membre qui voudra bien examiner la liste des différents sujets assignés aux législatures générales et locales respectivement, se convaincra que toutes les grandes questions affectant les intérêts de la confédération dans son ensemble, sont laissées au parlement fédéral tandis que les questions et les lois d’intérêt local sont laissées à la juridiction des parlements locaux. [Je souligne.]

(*Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l’Amérique britannique du Nord*, 3^e sess., 8^e parlement provincial du Canada (1865), p. 40)

En ce qui concerne les travaux et entreprises, plus particulièrement, il a ajouté ce qui suit :

Les législatures locales auront le contrôle de tous les travaux locaux; c’est un point important et un des principaux avantages de l’union fédérale et des parlements locaux, car ainsi chaque province aura le pouvoir et les moyens de développer ses ressources particulières et de travailler à son progrès individuel sans entraves et comme il lui plaira. Ainsi toutes les améliorations locales, de même que les entreprises de toute espèce, sont laissées aux soins et à l’administration des législatures locales de chaque province. Une des résolutions pourvoit à ce que « les lignes de bateaux-à-vapeur ou d’autres bâtiments, les chemins de fer, les canaux et autres travaux qui relieront deux ou plusieurs provinces ou se prolongeront au-delà des limites de l’une d’elles, » appartiendront au gouvernement général et seront sous le contrôle de la législature générale. Il est dit aussi dans une autre que « les lignes de bateaux-à-vapeur entre les provinces fédérées et d’autres pays, les communications télégraphiques et l’incorporation des compagnies télégraphiques, et tous autres travaux qui, bien que situés dans une seule province, seront spécialement déclarés dans les actes qui les autoriseront être d’un avantage général; » appartiendront au gouvernement général. Ainsi le canal Welland, bien que situé en entier dans une des sections de la confédération et les canaux du

whole Federation. Again, the census, the ascertaining of our numbers and the extent of our resources, must, as a matter of general interest, belong to the General Government. So also with the defences of the country. [Emphasis added; p. 613.]

In this light, it is clear that in the transportation context, only those works and undertakings that furthered the “general interest” of the emerging country were to be regulated by the federal government. Otherwise, the preference was for local regulation so that “each province will have the power and means of developing its own resources and aiding its own progress after its own fashion and in its own way”.

[34] It is interesting to note that s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867* was originally conceived of as a primary grant of authority to the federal government, and not as an exception to provincial grant of authority over “Local Works”. According to the resolutions passed by the delegates of the colonies of British North America at the Quebec Conference in October 1864, the federal government was granted primary legislative authority over:

29. ...

8. Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals and other works, connecting any two or more of the Provinces together or extending beyond the limits of any Province.

Whereas the provincial governments were granted authority over:

43. ...

13. Local Works.

(See G. P. Browne, *Documents on the Confederation of British North America* (1969), at pp. 158 and 161.)

[35] However, by the time the *Constitution Act, 1867* was enacted by the British Parliament, the preference for provincial regulation had become

St. Laurent ne traversant que deux de ces sections, peuvent être considérés comme des ouvrages nationaux et avantageux à toute la confédération. Le recensement par lequel sont constatés le chiffre de notre population et l’étendue de nos ressources, est aussi un travail d’utilité publique, et partant, doit être laissé au gouvernement général. Il en est de même des défenses du pays. [Je souligne; p. 40.]

Ainsi, il est clair que dans le contexte du transport, seuls les travaux et entreprises ayant servi les « intérêts » du pays émergent devaient être réglementés par le gouvernement fédéral. Pour le reste, on privilégiait la réglementation locale de sorte que « chaque province aura[it] le pouvoir et les moyens de développer ses ressources particulières et de travailler à son progrès individuel sans entraves et comme il lui plaira[it] ».

[34] Il est intéressant de noter que, à l’origine, l’al. 92(10)(a) de la *Loi constitutionnelle de 1867* devait conférer au gouvernement fédéral une compétence principale et ne constituait pas une exception à la compétence provinciale sur les « travaux locaux ». Selon les résolutions adoptées par les délégués des colonies de l’Amérique britannique du Nord à la conférence de Québec, en octobre 1864, le gouvernement fédéral s’est vu conférer la compétence législative principale en ce qui concerne :

29. ...

8. Les lignes de bateaux à vapeur ou d’autres bâtiments, les chemins de fer, les canaux et autres travaux qui relieront deux ou plusieurs provinces ou se prolongeront au-delà des limites de l’une d’elles;

Quant aux gouvernements provinciaux, ils se sont vu conférer la compétence en ce qui concerne :

43. ...

13. Les travaux locaux;

(Voir *Résolutions relatives à l’union proposée des provinces de l’Amérique britannique du Nord* (1865), p. 6 et 8.)

[35] Toutefois, au moment où la *Loi constitutionnelle de 1867* a été édictée par le Parlement britannique, la préférence pour la réglementation

reflected in the text of s. 92(10) itself, as the grant of authority over “Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs, and other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province” became an exception to the provincial grant of authority over “Local Works and Undertakings”.

[36] Thus, while the preference in s. 92(10) was for local regulation of works and undertakings, some works and undertakings were of sufficient national importance that they required centralized control. The works and undertakings specifically excepted in s. 92(10)(a) include some of those most important to the development and continued flourishing of the Canadian nation. As C. H. McNairn argues, I think persuasively, “[t]he maintenance of transport and communication facilities adequate to Canadian needs has historically been regarded as a vital factor in securing the economic and political viability of Canada as a federal union”: see “Transportation, Communication and the Constitution: The Scope of Federal Jurisdiction” (1969), 47 *Can. Bar Rev.* 355, at p. 355. As Professor Whyte emphasizes, the *Constitution Act, 1867* evidences a concern

with activities that produce a nation state that despite its illogicality in terms of geography, will function as a single state and as an economically viable whole. This view explains . . . the special place of interconnecting (or nation-creating) transportation and communication systems created by s-s. (a), (b) and (c) of s. 92(10). [Emphasis added.]

(J. D. Whyte, “Constitutional Aspects of Economic Development Policy”, in *Division of Powers and Public Policy* (1985), 29, at p. 45)

[37] The fact that works and undertakings that physically connected the provinces were subject to exceptional federal jurisdiction is not surprising. For example, it would be difficult to imagine the construction of an interprovincial railway system

provinciale s’est traduite par le libellé du par. 92(10) lui-même, alors que la compétence en matière de « [l]ignes de bateaux à vapeur ou autres bâtiments, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres travaux et entreprises reliant la province à une autre ou à d’autres provinces, ou s’étendant au-delà des limites de la province » est devenue une exception à la compétence provinciale en matière de « travaux et entreprises d’une nature locale ».

[36] Ainsi, le par. 92(10) privilégiait la réglementation locale, mais certains travaux et entreprises revêtaient une importance nationale suffisante pour justifier un contrôle centralisé. Certains des travaux et entreprises expressément exceptés à l’al. 92(10)(a) sont des plus importants pour le développement et l’épanouissement continu de la nation canadienne. Comme le dit C. H. McNairn, de manière convaincante selon moi, [TRADUCTION] « [l]e maintien d’installations de transport et de communication répondant aux besoins des Canadiens a toujours été considéré comme un facteur crucial pour assurer la survie financière et politique du Canada en tant qu’union fédérale » : voir « Transportation, Communication and the Constitution : The Scope of Federal Jurisdiction » (1969), 47 *R. du B. can.* 355, p. 355. Comme le souligne le professeur Whyte, la *Loi constitutionnelle de 1867* fait état d’une préoccupation de construire une nation

par des activités qui produisent un État-nation qui, malgré le caractère illogique de sa géographie, fonctionne comme un État unique et comme un ensemble économique viable. Cette notion explique [. . .] la place spéciale réservée aux transports et aux communications reliant une province à une autre (ou créant la nation) par les alinéas a), b) et c) du paragraphe 9[2](10). [Je souligne.]

(J. D. Whyte, « Les dimensions constitutionnelles des mesures d’expansion économique », dans *Le partage des pouvoirs et la politique d’État* (1985), 31, p. 49)

[37] Il n’est pas surprenant que les travaux et entreprises reliant physiquement les provinces relèvent exceptionnellement de la compétence fédérale. Par exemple, il serait difficile d’imaginer la construction d’un réseau ferroviaire interprovincial

if the railway companies were subject to provincial legislation respecting the expropriation of land for the railway right of way or the gauge of the line of railway within each province. If the legislature of the province did not grant railway companies the power of expropriation or if they refused to agree to a uniform gauge, the development of a national railway system would have been stymied.

[38] At this late date, it may be difficult for us to conceive of the national importance of a work or undertaking, such as the Intercolonial Railway. However, it is important to recall that at the time when the *Constitution Act, 1867* was drafted, the Intercolonial Railway was seen as a project of vital importance, indeed as a condition of Confederation itself. This is not surprising, given the importance of rail in connecting the colonies in British North America. As early as 1851, the colonies of British North America were tasked with creating such a railway to connect the various colonies (H. E. B. Coyne, *The Railway Law of Canada* (1947), at pp. v-vi). In 1868, at the first session of the first Parliament of the Dominion, *The Railway Act, 1868*, S.C. 1868, c. 68, was passed. It is clear that the types of undertakings conceived of in s. 92(10)(a) were front and centre in the emerging country's consciousness.

[39] However, while works and undertakings such as an interprovincial railway system were of particular importance to the new nation, this did not displace the fact that jurisdictional diversity was seen as the general path to economic development of the nation. In my view, having regard to the historical context of s. 92(10) and its underlying purpose, the preference for diversity of regulatory authority over works and undertakings should be respected, absent a justifiable reason that exceptional federal jurisdiction should apply.

(ii) Textual Analysis

[40] While the historical origins of s. 92(10)(a) illuminate the principled vision of federalism that

si les sociétés de chemin de fer étaient assujetties aux lois provinciales relatives à l'expropriation des terres pour l'emprise du chemin de fer ou à la ligne d'écartement dans chacune des provinces. Si la législature d'une province n'avait pas accordé le pouvoir d'exproprier aux sociétés de chemin de fer ou si elle avait refusé de consentir à un écartement uniforme, le développement d'un réseau ferroviaire national aurait été paralysé.

[38] De nos jours, il peut être difficile de concevoir l'importance qu'a pu avoir sur le plan national un travail ou une entreprise comme le chemin de fer Intercolonial. Toutefois, il importe de rappeler qu'au moment de la rédaction de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le chemin de fer Intercolonial était considéré comme un projet d'importance capitale, voire comme une condition essentielle à la Confédération elle-même. Cela n'a rien d'étonnant compte tenu de l'importance du chemin de fer pour relier les colonies de l'Amérique du Nord britannique. Dès 1851, ces colonies étaient chargées de construire un chemin de fer afin d'assurer une liaison entre elles (H. E. B. Coyne, *The Railway Law of Canada* (1947), p. v-vi). En 1868, à la première session du premier parlement du Dominion, l'*Acte des chemins de fer, 1868*, S.C. 1868, ch. 68, a été adopté. Il est évident que les entreprises du type de celles envisagées à l'al. 92(10)(a) étaient au cœur des préoccupations du pays émergent.

[39] Toutefois, si les travaux et les entreprises tels que le réseau ferroviaire interprovincial revêtaient une importance particulière pour la nouvelle nation, cela ne changeait rien au fait que la diversité en matière de compétence était considérée comme la voie vers le développement économique de la nation. À mon avis, compte tenu du contexte historique du par. 92(10) et de l'objectif qui le sous-tend, il faut respecter le choix de la diversité du pouvoir de réglementation en matière de travaux et d'entreprises si aucune raison ne justifie l'application de la compétence exceptionnelle du fédéral.

(ii) Analyse textuelle

[40] Même si les origines historiques de l'al. 92(10)(a) permettent de mieux comprendre les

underlies it, the words of the provision itself must be considered on their own terms.

[41] Section 92(10)(a) is structured in two parts: first, it provides a list of specific federal works and undertakings (“Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs”), and then it includes a basket clause (“other Works and Undertakings”). All are defined as “connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province”. “Works” refer to “physical structure[s]”; “Undertakings” to “arrangement[s] under which of course physical things are used”: see *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767 (per Martland J., at p. 772), citing *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304 (P.C.), at p. 315; *Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] A.C. 541 (P.C.), at p. 552.

[42] It is widely agreed among commentators that the phrase “‘other works or undertakings connecting the province with any other’, etc., is to be read ejusdem generis with the specific examples which precede it”: Hogg, at p. 645; see also McNairn, at p. 359; I. H. Fraser, “Some Comments on Subsection 92(10) of the *Constitution Act, 1867*” (1984), 29 *McGill L.J.* 557, at p. 605. If the framers had intended to subject every conceivable work or undertaking “connecting the province with any other, etc.” to federal regulation, there would have been no need to specify certain kinds of works and undertakings: see *Consumers’ Association of Canada v. Postmaster General*, [1975] F.C. 11 (C.A.), at pp. 15-16 (explaining the rationale for the *ejusdem generis* construction). Instead, s. 92(10)(a) focusses specifically on transportation and communication works and undertakings through its examples of “Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs”.

principes du fédéralisme sur lesquels il repose, il convient d’examiner isolément le libellé de la disposition.

[41] L’alinéa 92(10)a) comprend deux parties : il fournit d’abord une liste précise de travaux et d’entreprises fédéraux (« [l]ignes de bateaux à vapeur ou autres bâtiments, chemins de fer, canaux, télégraphes »); il comprend ensuite une clause omnibus (« autres travaux et entreprises »). Tous ces travaux et entreprises sont définis comme « reliant la province à une autre ou à d’autres provinces, ou s’étendant au-delà des limites de la province ». Le terme « travaux » s’entend des [TRADUCTION] « installation[s] physique[s] »; le terme « entreprises » s’entend des « arrangement[s] dans le cadre d[es]quel[s], évidemment, des choses matérielles sont utilisées » : voir *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767 (le juge Martland, p. 772), citant *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304 (C.P.), p. 315; *Attorney-General for Ontario c. Winner*, [1954] A.C. 541 (C.P.), p. 552.

[42] Les auteurs s’entendent pour dire que l’expression [TRADUCTION] « “autres travaux ou entreprises reliant la province à une autre”, etc., doit être interprétée, selon la règle ejusdem generis, en fonction des exemples précis qui la précèdent » : Hogg, p. 645; voir aussi McNairn, p. 359; I. H. Fraser, « Some Comments on Subsection 92(10) of the *Constitution Act, 1867* » (1984), 29 *R.D. McGill* 557, p. 605. Si les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* avaient eu l’intention d’assujettir à la réglementation fédérale tout travail ou entreprise possible « reliant la province à une autre », ils n’auraient pas énuméré certains types précis de travaux et d’entreprises : voir *Association des consommateurs du Canada c. Ministre des Postes*, [1975] C.F. 11 (C.A.), p. 15-16 (expliquant le raisonnement à l’appui de la règle d’interprétation *ejusdem generis*). Au contraire, l’al. 92(10)a) vise essentiellement les travaux et entreprises de transport et de communication grâce aux exemples des « [l]ignes de bateaux à vapeur ou autres bâtiments, chemins de fer, canaux, télégraphes ».

[43] The common thread among the enumerated *transportation* works and undertakings in s. 92(10)(a) — “Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals” — is the interprovincial transport of goods or persons. The enumerated examples are all instruments of or means of facilitating actual transport. There is no reference to, or implication of, third parties connected to the means of actual transport through contract being subject to federal jurisdiction. The genus of works and undertakings contemplated in s. 92(10)(a) as “connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province” consists of those that *physically* connect the provinces through transport, not those that *notionally* connect them through contract. In my view, the basket clause “other Works and Undertakings” should be interpreted in this *ejusdem generis* manner.

[44] I am therefore of the view that a requirement for federal jurisdiction over transportation undertakings is that the undertaking itself physically operates or facilitates carriage across interprovincial boundaries. In my view, this approach best reflects the text of s. 92(10) and preserves the intent of the *Constitution Act, 1867*, which sees federal jurisdiction over both works and undertakings and labour relations as the exception, rather than the rule.

E. *The Jurisprudential History of Freight Forwarding: Physical Carriage as a Crucial Indicator*

[45] Any hope of gleaning from the jurisprudence a definitive rule that would resolve all jurisdictional questions concerning transportation works and undertakings is surely naive. While certainty may be too lofty an ambition, a degree of consistency and predictability is still preferable and, in my opinion, attainable. Interpretive consistency in the s. 92(10) context is important both to preserve the federal-provincial balance and to allow regulators to know the extent of their jurisdiction and parties to reasonably predict the jurisdiction under which they fall. As Binnie and LeBel JJ. noted in their discussion of federalism in *Canadian Western Bank*,

[43] L'élément commun des travaux et entreprises de *transport* énumérés à l'al. 92(10)a — « [l]ignes de bateaux à vapeur ou autres bâtiments, chemins de fer, canaux » — est le transport interprovincial de marchandises ou de personnes. Les exemples donnés sont tous des moyens de transport ou des moyens de faciliter le transport. On n'y trouve aucune mention, ou inférence, que les tiers liés par contrat aux moyens de transport relèvent de la compétence fédérale. La catégorie de travaux et d'entreprises envisagés à l'al. 92(10)a et « reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province » est composée des travaux et entreprises qui relient *physiquement* les provinces grâce au transport, et non de ceux qui les relient *théoriquement* par contrat. À mon avis, la clause omnibus « autres travaux et entreprises » devrait être interprétée selon la règle *ejusdem generis*.

[44] Je suis donc d'avis qu'une entreprise de transport doit, pour relever de la compétence fédérale, elle-même effectuer ou faciliter le transport entre les provinces. Selon moi, cette interprétation reflète le mieux le texte du par. 92(10) et préserve l'objet de la *Loi constitutionnelle de 1867*, où la compétence fédérale, tant en matière des travaux et entreprises qu'en matière de relations de travail, est considérée comme l'exception et non comme la règle.

E. *Historique jurisprudentiel de l'expédition de marchandises : le transport effectif est un indice crucial*

[45] Il serait bien naïf d'espérer dégager de la jurisprudence une règle définitive qui permettrait de régler toutes les questions de compétence en matière de travaux et d'entreprises de transport. Bien qu'il soit peut-être trop ambitieux de vouloir atteindre un certain degré de certitude, il est encore préférable et, à mon avis, possible, d'atteindre un certain degré de cohérence et de prévisibilité. Il est important d'assurer la cohérence de l'interprétation dans le contexte du par. 92(10), tant afin de préserver l'équilibre fédéral-provincial que de permettre aux organismes de réglementation de connaître l'étendue de leur compétence et aux parties de

“a certain degree of predictability . . . is essential” (para. 23).

[46] For constitutional purposes, predictability can be achieved by looking at industries on a broad, rather than excessively detailed basis. If the approach in each case is to splice and dice discrete differences among companies within an industry — for example, whether a freight forwarder operates at both the originating and receiving ends or instead contracts with an independent or related company at one end, whether its local offices have autonomy or are closely managed by a head office, whether it provides customers with a single bill of lading or requires them to contract directly with third-party carriers — predictability will be hard to come by. A better constitutional approach, in my view, is to look for commonalities within industries. In *United Transportation Union v. Central Western Railway Corp.*, [1990] 3 S.C.R. 1112 (“*UTU*”), Dickson C.J. surveyed the “application of the jurisdictional test in other industries”, including pipelines and freight forwarding: pp. 1144-46. He found common strands among these cases that gave rise to a principled analysis.

[47] In the present case, there is an existing body of freight-forwarding jurisprudence that has been cited approvingly by our Court. Where no convincing reason has been shown as to why we should depart from this jurisprudence, parties should be able to rely on it and organize their affairs accordingly.

[48] To this end, I am in agreement with and would uphold the line of cases holding that freight forwarders that are not themselves engaged in the interprovincial transport of freight and that simply contract with interprovincial carriers remain subject to provincial jurisdiction.

prévoir de façon raisonnable la compétence dont elles relèvent. Comme l’ont souligné les juges Binnie et LeBel dans leur analyse du fédéralisme dans *Banque canadienne de l’Ouest*, « un certain degré de prévisibilité [. . .] s’avère indispensable » (par. 23).

[46] Sur le plan constitutionnel, la prévisibilité est assurée par un examen général de l’industrie plutôt que par un examen excessivement détaillé. S’il faut décortiquer les différences subtiles entre les entreprises qui œuvrent au sein d’une industrie — et, par exemple, se demander si un transitaire exerce ses activités tant au lieu d’origine qu’au lieu de destination ou s’il conclut plutôt, à une extrémité ou l’autre, des contrats avec une compagnie indépendante ou liée, si ses bureaux locaux sont autonomes ou s’ils sont étroitement gérés par un bureau principal, s’il donne aux clients un seul connaissance ou s’il les oblige à conclure un contrat directement avec des tiers transporteurs — la prévisibilité sera difficile à assurer. À mon avis, il vaut mieux, d’un point de vue constitutionnel, chercher des similitudes au sein de l’industrie. Dans *Travailleurs unis des transports c. Central Western Railway Corp.*, [1990] 3 R.C.S. 1112 (« *TUT* »), le juge en chef Dickson a examiné « l’application du critère juridictionnel dans d’autres industries », dont les pipelines et l’expédition de marchandises : p. 1144-1146. Il a trouvé dans les décisions examinées des éléments communs qui ont donné lieu à une analyse rationnelle.

[47] En l’espèce, il existe des précédents sur l’expédition de marchandises que notre Cour a cités avec approbation. Si aucune raison convaincante n’a été donnée pour justifier que l’on s’écarte de cette jurisprudence, les parties devraient pouvoir s’y fier et organiser leurs affaires en conséquence.

[48] À cet égard, j’accepte et je suis d’avis de confirmer le courant jurisprudentiel voulant que les transitaires qui ne participent pas eux-mêmes au transport interprovincial des marchandises et qui concluent simplement des contrats avec les transporteurs interprovinciaux relèvent de la compétence provinciale.

[49] In *Cottrell*, the issue was whether Cottrell Forwarding Co. Ltd. was subject to the provincial *Public Commercial Vehicles Act*, R.S.O. 1970, c. 375. Cottrell had been charged with operating as an unlicensed freight forwarder contrary to the Act. Steele J. held that Cottrell was not an interprovincial undertaking and was therefore subject to the provincial Act.

[50] Cottrell's business operations closely paralleled those of Fastfrate. Like Fastfrate, Cottrell assumed sole responsibility for the shipment of goods from point of origin in Ontario to point of destination in Western Canada. It was the only company listed on customers' bills of lading. As Steele J. observed, at p. 676, Cottrell's business service allowed customers to benefit from an economy of scale in order to "reduce the otherwise applicable rate for shipment".

[51] Steele J. found that Cottrell's lack of physical involvement in the transport of goods or persons distinguished it from other cases where an enterprise had been found to be an interprovincial undertaking. Steele J. concluded, at pp. 679-80:

The railway company is the only body carrying on the interprovincial undertaking and it has the physical works as well. Clearly, if an individual customer of Cottrell wished to ship goods to the west, it could contract with the railway company to ship such goods. The mere fact that by contract Cottrell agrees with that individual customer to enter into the contract with the railway company and become the shipper itself, does not make Cottrell anything other than a shipper. . . . To hold otherwise would mean that any travel broker or other person engaged in general commerce could, by contract, provide interprovincial undertakings, even though he had no facilities whatsoever, and thereby claim that he was not subject to provincial jurisdiction. [Emphasis added.]

[52] The respondent Teamsters submit that the reasoning in *Cottrell* is distinguishable from the present case. They assert that "there was no evidence that the freight forwarder [in *Cottrell*]

[49] Dans *Cottrell*, la question était de savoir si Cottrell Forwarding Co. Ltd. était assujettie à la *Public Commercial Vehicles Act*, R.S.O. 1970, ch. 375. Cottrell avait été accusée d'avoir, en violation de cette loi, exercé sans permis des activités de transitaire. Le juge Steele a conclu que Cottrell n'était pas une entreprise interprovinciale et était, par conséquent, assujettie à la loi provinciale.

[50] Les activités commerciales de Cottrell ressemblent étroitement à celles de Fastfrate. Comme Fastfrate, Cottrell assumait toute la responsabilité de l'expédition des marchandises entre le lieu d'origine en Ontario et le lieu de destination dans l'Ouest canadien. Seul le nom de cette entreprise figurait sur les connaissements des clients. Comme le juge Steele l'a fait remarquer à la p. 676, le service offert par Cottrell permettait aux clients de profiter d'une économie d'échelle et ainsi de [TRADUCTION] « réduire le tarif d'envoi autrement applicable ».

[51] Selon le juge Steele, le fait que Cottrell ne participait pas activement au transport de marchandises ou de personnes la distinguait des autres cas où une entreprise avait été reconnue comme étant interprovinciale. Le juge Steele a conclu comme suit aux p. 679-680 :

[TRADUCTION] La compagnie de chemin de fer est le seul organisme qui exploite une entreprise interprovinciale et de plus, elle le fait concrètement. De toute évidence, si un client particulier de Cottrell voulait expédier des marchandises vers l'Ouest, il pourrait conclure un contrat à cet effet avec la compagnie de chemin de fer. Le simple fait que Cottrell se soit engagée envers ce client à conclure un contrat avec la compagnie de chemin de fer et à devenir l'expéditeur ne fait pas de Cottrell autre chose qu'un expéditeur. [. . .] Conclure autrement équivaldrait à dire que tout courtier de transport ou toute autre personne qui se livre au commerce en général pourrait, en vertu d'un contrat, fournir les services d'une entreprise interprovinciale, même s'il n'avait aucune installation, et ainsi prétendre ne pas relever de la compétence provinciale. [Je souligne.]

[52] Le conseil des Teamsters intimé soutient que le raisonnement dans *Cottrell* est distinct de celui en l'espèce. Il prétend que [TRADUCTION] « rien n'indiquait que le transitaire [dans *Cottrell*]

regularly engaged in the deconsolidation and delivery of its own freight at the delivery end of the shipment” (Factum, at para. 33). This apparent lack of evidence regarding Cottrell’s presence in the destination province distinguishes it from Fastfrate, according to the Teamsters.

[53] With respect, I am not persuaded by this argument. Steele J. specifically observed, at p. 676, that

counsel for the Crown and [Cottrell] consented to an additional factual admission to the effect that in Western Canada the operations and offices of the accused were similar to those in Ontario in that once the goods arrived in the west they were transported either by a subsidiary company of [Cottrell] or by other independent truckers to individual locations as shown on the bills of lading.

It is clear from this statement that Steele J. was aware that Cottrell played a role, either directly or through contract, in the final delivery of goods in Western Canada.

[54] In any event, I do not agree that a freight forwarder’s level of involvement in delivering goods at the receiving end is determinative of the jurisdictional analysis. Steele J.’s analysis centred on the fact that Cottrell did not perform any interprovincial carriage itself. The same is true in the present case.

[55] The facts in *Cannet* are similarly straightforward. Cottrell Forwarding Co. Ltd. was a freight-forwarding enterprise that received freight from customers in the Toronto area and contracted with the Canadian National Railway Company for shipment to Western Canada. Employees of Cannet Freight Cartage Ltd. were responsible for picking up the goods from customers and dropping them off at premises leased from Canadian National. The Cannet employees would remove the goods from the delivery trucks and stow them in CN rail cars pursuant to the arrangements made by Cottrell with its customers.

participait régulièrement au dégroupement et à la livraison de ses propres marchandises au lieu de destination de l’envoi » (mémoire, par. 33). Selon lui, ce manque apparent de preuve concernant la présence de Cottrell dans la province de destination la distingue de Fastfrate.

[53] Soit dit en tout respect, cet argument ne me convainc pas. Le juge Steele a fait remarquer explicitement ce qui suit, à la p. 676 :

[TRADUCTION] . . . les avocats du ministère public et de [Cottrell] ont consenti à une nouvelle admission de faits selon laquelle les activités et les bureaux de l’accusée dans l’Ouest canadien étaient semblables à ceux de l’Ontario dans la mesure où les marchandises, une fois arrivées dans l’Ouest, étaient transportées soit par une filiale de [Cottrell], soit par d’autres camionneurs indépendants aux destinations indiquées sur les connaissements.

Il ressort clairement de cette déclaration que le juge Steele savait que Cottrell participait, soit directement ou par contrat, à la livraison finale des marchandises dans l’Ouest canadien.

[54] Quoi qu’il en soit, je ne peux souscrire à l’argument suivant lequel le degré de participation d’un transitaire à la livraison des marchandises au lieu de destination est déterminant dans le cadre de l’analyse relative à la compétence. L’analyse du juge Steele était axée sur le fait que Cottrell n’avait pas effectué elle-même le transport interprovincial. Il en est de même en l’espèce.

[55] Les faits dans *Cannet* sont tout aussi simples. Cottrell Forwarding Co. Ltd. était une entreprise d’expédition de marchandises qui recevait des marchandises de clients dans la région de Toronto et qui avait conclu un contrat avec la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada pour leur acheminement vers l’Ouest du Canada. Les employés de Cannet Freight Cartage Ltd. devaient ramasser ces marchandises chez les clients et les transporter aux locaux loués au Canadien National où ils déchargeaient les camions de ramassage et arrimaient les marchandises dans les wagons fournis par le Canadien National conformément aux accords conclus entre Cottrell et ses clients.

[56] The issue was whether the Cannet employees could be certified by the CLRB. The Federal Court of Appeal held that they could not. In its view, the labour relations of Cannet were subject to provincial jurisdiction. Jactett C.J. held, at pp. 177-78:

Even if [Cannet's] activities and those of the Cottrell Company are viewed as integral parts of a whole, . . . the only interprovincial undertaking involved here is the Canadian National interprovincial railway. Clearly, a shipper on that railway from one province to another does not, by virtue of being such a shipper, become the operator of an interprovincial undertaking. If that is so, as it seems to me, the mere fact that a person makes a business of collecting freight in a province for the purpose of shipping it in volume outside the province by public carrier, does not make such a person the operator of an interprovincial undertaking. [Emphasis added.]

[57] In *UTU*, Dickson C.J. cited approvingly the holding in *Cannet*. He said, at pp. 1146-47:

I also find it useful to refer to a series of cases commonly known as the "freight forwarder" cases. . . . The leading case is *In re Cannet Freight Cartage Ltd.*, [1976] 1 F.C. 174, where the Federal Court of Appeal held that freight forwarding companies were subject to provincial jurisdiction. I find the comments of Jactett C.J., at pp. 177-78, applicable in the present appeal:

In my view, the only interprovincial undertaking involved here is the Canadian National interprovincial railway. Clearly, a shipper on that railway from one province to another does not, by virtue of being such a shipper, become the operator of an interprovincial undertaking.

. . . To hold otherwise would be to undermine completely the division of powers for, absent a requirement of functional integration, virtually any activity could be said to "touch" a federally regulated interprovincial undertaking. [Emphasis added.]

While Dickson C.J. referred to *Cannet* when he was considering whether the impugned undertaking in

[56] La question était de savoir si les employés de Cannet pouvaient être accrédités par le CCRT. La Cour d'appel fédérale a conclu qu'ils ne pouvaient pas l'être. À son avis, les relations de travail de Cannet relevaient de la compétence provinciale. Le juge en chef Jactett a conclu comme suit aux p. 177-178 :

Même si l'on considère les activités de [Cannet] et celles de la compagnie Cottrell comme faisant partie intégrante d'un tout, [. . .] la seule entreprise interprovinciale impliquée en l'espèce est le chemin de fer interprovincial du Canadien National. Indubitablement, l'expéditeur utilisant le chemin de fer pour le transport de marchandises d'une province à une autre ne devient pas, de ce fait, l'exploitant d'une entreprise interprovinciale. Si c'est le cas, comme je le crois, le simple fait qu'une personne s'occupe de ramasser des marchandises dans une province pour les faire expédier en larges quantités à l'extérieur de la province par un transporteur public ne fait pas de cette personne un exploitant d'une entreprise interprovinciale. [Je souligne.]

[57] Dans *TUT*, le juge en chef Dickson a cité avec approbation l'arrêt *Cannet*, précité. Il a dit ce qui suit aux p. 1146-1147 :

Je crois en outre qu'il est utile de mentionner une série de causes communément appelées les affaires des « transitaires ». [. . .] L'arrêt de principe dans ce domaine est *In re Cannet Freight Cartage Ltd.*, [1976] 1 C.F. 174, où la Cour d'appel fédérale a décidé que les sociétés d'expédition relevaient de la compétence provinciale. J'estime que les observations faites par le juge en chef Jactett aux pp. 177 et 178 s'appliquent au présent pourvoi :

À mon sens, la seule entreprise interprovinciale impliquée en l'espèce est le chemin de fer interprovincial du Canadien National. Indubitablement, l'expéditeur utilisant le chemin de fer pour le transport de marchandises d'une province à une autre ne devient pas, de ce fait, l'exploitant d'une entreprise interprovinciale.

. . . La conclusion contraire minerait complètement le partage des pouvoirs puisque, en l'absence d'une exigence d'intégration fonctionnelle, à peu près n'importe quelle activité pourrait être considérée comme « touchant » une entreprise interprovinciale relevant de la compétence fédérale. [Je souligne.]

Bien que le juge en chef Dickson ait renvoyé à l'arrêt *Cannet* alors qu'il devait déterminer si

UTU was subject to derivative federal jurisdiction, he did so as part of a comparative review of s. 92(10)(a) jurisprudence across industries, including freight forwarding. There is nothing in his analysis indicating that it was meant to apply only to cases of derivative federal jurisdiction.

[58] The respondent Teamsters argue that rather than following the *Cannet* and *Cottrell* line of cases, this Court should instead rely on the CLRB decision in *DHL*. In *DHL*, the CLRB found that the DHL Ltd. freight-forwarding enterprise was subject to federal jurisdiction even though DHL Ltd. was not itself involved in the interprovincial transport of goods. The CLRB reasoned:

Although evidence of regular and continuous trips across provincial lines, by the undertaking itself, would suffice to bring the operation into the federal sphere, evidence that the undertaking has as its dominant purpose an interprovincial or international operational connection extending its activities — services to its clients — “beyond the limits of the province”, on a regular and continuous basis, is likewise sufficient to determine federal jurisdiction. [Emphasis added; p. 116.]

[59] With respect, I am not persuaded by the reasoning in *DHL*. In finding DHL Ltd. to be subject to federal regulation, the CLRB applied the “regular and continuous” test in a novel, and in my view, unhelpful way. The test had formerly been used by courts to decide whether an undertaking was involved in “regular and continuous” *physical transportation* across boundaries: see *Re Ottawa-Carleton Regional Transit Commission and Amalgamated Transit Union, Local 279* (1983), 4 D.L.R. (4th) 452 (Ont. C.A.). The CLRB instead considered whether a “dominant [interprovincial] purpose”, defined in terms of contractual services offered to clients, was “regular and continuous”. The focus shifted from the nature of the operations of the undertaking to the nature of the contractual service it provides.

l’entreprise en cause dans *TUT* relevait de la compétence fédérale dérivée, il l’a fait dans le cadre d’une analyse comparative de la jurisprudence relative à l’al. 92(10)a dans les industries, y compris l’expédition de marchandises. Son analyse n’indique nullement que la disposition ne devait s’appliquer qu’aux cas de compétence fédérale dérivée.

[58] Le conseil des Teamsters intimé soutient qu’au lieu de suivre le courant jurisprudentiel établi par les arrêts *Cannet* et *Cottrell*, la Cour devrait plutôt se fonder sur la décision du CCRT dans l’affaire *DHL*. Dans cette affaire, le CCRT a conclu que l’entreprise d’expédition de marchandises DHL Ltée relevait de la compétence fédérale même si elle ne participait pas elle-même au transport interprovincial des marchandises. Le CCRT a expliqué ce qui suit :

S’il est vrai qu’il suffit de démontrer qu’une entreprise effectue des voyages réguliers et continus à l’extérieur des limites de la province pour que les activités de cette entreprise relèvent de la compétence fédérale, toute preuve démontrant qu’une entreprise a comme objectif principal des liaisons opérationnelles interprovinciales ou internationales étendant ses activités (les services offerts à sa clientèle) « au-delà des limites de la province » sur une base régulière et continue suffirait également pour établir que cette entreprise est de compétence fédérale. [Je souligne; p. 116.]

[59] Soit dit en tout respect, le raisonnement adopté dans *DHL* ne me convainc pas. En concluant que DHL Ltée était assujettie à la réglementation fédérale, le CCRT a appliqué le critère des activités « régulières et continues » d’une façon nouvelle et, à mon avis, inutile. Les tribunaux avaient déjà utilisé ce critère pour déterminer si une entreprise participait de façon « régulière et continue » au transport effectif d’une province à l’autre : voir *Re Ottawa-Carleton Regional Transit Commission and Amalgamated Transit Union, Local 279* (1983), 4 D.L.R. (4th) 452 (C.A. Ont.). Le CCRT s’est plutôt demandé si un « but principal [interprovincial] » de l’entreprise, au sens de services contractuels offerts aux clients, était « régulier et continu ». L’analyse est passée de la nature des activités de l’entreprise à la nature des services contractuels offerts.

[60] It is true that in the communications context, the constitutional inquiry has at times focussed on “the service that is provided and not simply . . . the means through which it is carried on”: *Public Service Board v. Dionne*, [1978] 2 S.C.R. 191, at p. 197. The difference between the communications and transportation contexts, however, is that communications undertakings can *operate* and *provide* international and interprovincial communication services from a fixed point. If one were to focus only or primarily on the *means* by which a communication undertaking provides interprovincial services to its customers, the result could be that two companies operating and providing identical services would be subject to different jurisdictions depending on their modes of transmission (i.e. whether they send and receive signals from one fixed location or whether they have an interprovincial presence).

[61] In the transportation context, it is not possible for an undertaking to operate an interprovincial transportation service where it does not itself perform the interprovincial carriage. A business can, of course, act as an intermediary between interprovincial carriers and consumers who want to access those carriers at a reduced price. This does not mean that such a business becomes the operator and provider of the interprovincial carriage, however. The fact that customers may be unaware that the intermediary company is not in fact performing the interprovincial carriage is, in my view, irrelevant to the constitutional inquiry. Section 92(10)(a) is concerned with the nature of undertakings, not how they are subjectively understood by consumers. As this Court emphasized in *Northern Telecom*, at p. 132, “[t]he question whether an undertaking, service or business is a federal one depends on the nature of its operation.”

[62] The “dominant purpose” test in *DHL* — measured in terms of the contractual service offered rather than the actual operations of the undertaking — has the potential to sweep under federal jurisdiction many enterprises that heretofore have been understood as being subject to provincial

[60] Il est vrai que dans le contexte des communications, l’analyse constitutionnelle a parfois principalement porté sur « le service fourni et pas simplement [. . .] les moyens utilisés » : *Régie des services publics c. Dionne*, [1978] 2 R.C.S. 191, p. 197. Toutefois, la différence entre le contexte des communications et celui du transport est que les entreprises de communication peuvent *assurer* et *fournir* des services de communication internationaux et interprovinciaux à partir d’un point fixe. S’il fallait se concentrer seulement ou principalement sur les *moyens* qui permettent à une entreprise de communication de fournir des services interprovinciaux à ses clients, on pourrait arriver à la conclusion que deux entreprises qui assurent et fournissent les mêmes services relèvent de compétences différentes selon leurs modes de transmission (c.-à-d. selon qu’elles envoient et reçoivent des signaux d’un point fixe ou qu’elles ont une présence interprovinciale).

[61] Dans le contexte du transport, il est impossible pour une entreprise de fournir un service de transport interprovincial si elle n’assure pas elle-même ce service. Une entreprise peut, bien sûr, agir comme intermédiaire entre les transporteurs interprovinciaux et les clients qui veulent avoir accès à ces transporteurs à un prix réduit. Cependant, cela ne signifie pas qu’une telle entreprise devient l’exploitant et le fournisseur des services de transport interprovincial. Le fait que les clients ignorent que l’entreprise intermédiaire n’assure pas le transport interprovincial n’est pas, à mon avis, pertinent dans le cadre de l’analyse constitutionnelle. L’alinéa 92(10)a) porte sur la nature des entreprises, et non sur la façon dont elles sont subjectivement perçues par les clients. Comme cette Cour l’a souligné dans *Northern Telecom*, à la p. 132, « [l]a question de savoir si une entreprise, un service ou une affaire relève de la compétence fédérale dépend de la nature de l’exploitation. »

[62] Le critère du « but principal » énoncé dans *DHL* — apprécié en fonction du service contractuel offert plutôt qu’en fonction des activités que l’entreprise exerce — risque d’assujettir à la compétence fédérale un bon nombre d’entreprises qui, jusque-là, étaient considérées comme des

jurisdiction based on their actual operations. As the intervener the Attorney General of Ontario observed, travel agencies whose “regular and continuous” dominant purpose is to facilitate interprovincial and international travel could become subject to federal jurisdiction, as could online companies that regularly arrange for the door-to-door delivery of their products (Factum, at paras. 22-26). This kind of indeterminate fluidity in the division of powers surely cuts against the balance that underlies our federal system.

[63] The respondent Teamsters suggest that *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225 (“AGT”), nevertheless supports the view that a transportation undertaking can be subject to federal jurisdiction even where its physical equipment and operations remain within the province. In *UTU*, this Court, interpreting its decision in *AGT*, found, at p. 1135, that it was “by virtue of [AGT’s] role in Telecom Canada and its bilateral contracts with other telephone companies [that AGT] was able to provide its clients with an interprovincial and, indeed, international telecommunications service”. The Teamsters analogize AGT’s web of contractual relations to Fastfrate’s. They argue that “[t]hrough the coordinated relationship between the operations at Fastfrate facilities and through the contracts that Fastfrate has with other parties, Fastfrate is able to connect the provinces and provides its clients with an interprovincial transportation service” (Factum, at p. 15).

[64] With respect, I am not persuaded that the analogy is an apt one. It should be recalled that in *AGT*, there was no question that AGT was itself operating and providing interprovincial telephony services. As Dickson C.J. noted at p. 260, “[t]he involvement of AGT in the transmission and reception of electronic signals at the borders of Alberta indicate that AGT is operating an interprovincial undertaking.” The question was whether this physical reception and delivery of signals was sufficient

entreprises relevant de la compétence provinciale en raison des activités qu’elles exercent. Comme l’a fait remarquer le procureur général de l’Ontario, intervenant en l’espèce, les agences de voyage, dont le but principal « régulier et continu » consiste à faciliter les déplacements interprovinciaux et internationaux, pourraient relever de la compétence fédérale, tout comme les entreprises électroniques qui livrent régulièrement leurs produits à domicile (mémoire, par. 22-26). Les inconstances de ce genre dans le partage des compétences nuisent certainement à l’équilibre qui sous-tend notre système fédéral.

[63] Le conseil des Teamsters intimé fait valoir que l’arrêt *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225 (« AGT »), étaye néanmoins l’opinion selon laquelle une entreprise de transport peut relever de la compétence fédérale même si ses installations matérielles et ses activités demeurent dans la province. Dans *TUT*, notre Cour, en interprétant sa décision dans *AGT*, a conclu à la p. 1135 que « A.G.T., grâce à son rôle dans Telecom Canada et à ses contrats bilatéraux avec d’autres compagnies de téléphone, était en mesure d’offrir à ses clients un service interprovincial, voire international, de télécommunications ». Le conseil des Teamsters établit une analogie entre le réseau de relations contractuelles de l’AGT et celui de Fastfrate. Il soutient que [TRADUCTION] « [g]râce à la relation coordonnée des activités entre ses installations et aux contrats qu’elle a conclus avec d’autres parties, Fastfrate est en mesure de relier les provinces et fournir à ses clients un service de transport interprovincial » (mémoire, p. 15).

[64] En toute déférence, je ne suis pas convaincu que l’analogie soit appropriée. Il ne faut pas oublier que dans *AGT*, il ne faisait aucun doute que l’entreprise assurait et fournissait elle-même des services de téléphonie interprovinciaux. Comme le juge en chef Dickson l’a fait remarquer à la p. 260, « [l]e fait que l’AGT émette et reçoive des signaux électroniques aux frontières de l’Alberta indique qu’elle exploite une entreprise interprovinciale. » La question était de savoir si la réception et l’émission de signaux

to ground federal jurisdiction. The Court held that the physical reception and delivery of interprovincial signals, *in combination with* AGT's commercial arrangements with other interprovincial providers, was sufficient to attract federal jurisdiction.

[65] However, the starting point in the transportation context differs from that in the communications context. As Dickson C.J. observed in *UTU*, at p. 1144, "it must not be forgotten that the nature of telecommunication systems is quite different from the railway business". As I noted above, whereas communication works and undertakings can facilitate interprovincial communication from a fixed location, transportation, by definition, involves mobility of goods, persons, and transportation equipment (equipment for the carriage of persons or freight) across territory. Thus, as Dickson C.J. further noted in *UTU*, at p. 1146, while "spatial boundaries limit the range of [transportation] business' operations, [this] can less easily be said with regard to broadcasting systems, where territorial boundaries are not extremely critical to the nature of the enterprise".

[66] This distinction likely accounts for the Court's willingness to find that contractual relations, in addition to the physical reception and delivery of interprovincial signals, qualified AGT as an interprovincial undertaking. As Professor Hogg observes:

The result in *AGT* probably owes a good deal to the unique character of telecommunication, which permits instantaneous two-way communication between people in different provinces and different countries. In other contexts, cooperative arrangements between an independently-managed local undertaking and extra-provincial undertakings would not suffice to transform the local undertaking into an interprovincial undertaking. [p. 646]

The distinction that Professor Hogg cites is the very distinction between transportation and communication undertakings at issue in this case.

étaient suffisantes pour fonder la compétence fédérale. La Cour a conclu que la réception et l'émission de signaux interprovinciaux, *en plus* des accords commerciaux intervenus entre l'AGT et d'autres fournisseurs interprovinciaux, suffisaient pour que l'entreprise relève de la compétence fédérale.

[65] Toutefois, le point de départ dans le contexte du transport diffère de celui du contexte des communications. Comme l'a fait remarquer le juge en chef Dickson dans *TUT* à la p. 1144, « il ne faut pas oublier que de par leur nature les systèmes de télécommunications diffèrent nettement des chemins de fer ». Comme je l'ai déjà signalé, alors que les travaux et entreprises de communication peuvent faciliter la communication interprovinciale à partir d'un point fixe, le transport, par définition, suppose que l'on traverse un territoire donné afin de déplacer des marchandises, des personnes et du matériel de transport (employé pour le transport de personnes ou de marchandises). Ainsi, comme l'a également signalé le juge en chef Dickson dans *TUT* à la p. 1146, même si « l'exploitation de l'entreprise [de transport] se fait à l'intérieur de certaines limites géographiques, [cela] est moins facilement soutenable à l'égard de réseaux de radiodiffusion, pour lesquels les frontières territoriales ne sont pas vraiment déterminantes quant à la nature de l'entreprise ».

[66] Cette distinction explique vraisemblablement pourquoi la Cour était disposée à conclure que les relations contractuelles, en plus de la réception et de l'envoi de signaux interprovinciaux, faisaient de l'AGT une entreprise interprovinciale. Comme le fait remarquer le professeur Hogg :

[TRADUCTION] L'issue de l'arrêt *AGT* est probablement attribuable au caractère unique des télécommunications, lequel permet une communication bilatérale instantanée entre des personnes qui se trouvent dans différentes provinces et dans différents pays. Dans d'autres contextes, des accords de coopération intervenus entre une entreprise locale indépendante et des entreprises extraprovinciales ne suffiraient pas à transformer l'entreprise locale en une entreprise interprovinciale. [p. 646]

La distinction dont parle le professeur Hogg est précisément la distinction entre les entreprises de transport et de communication qui est visée en l'es-
pèce.

[67] In my view, the objective of predictability in the freight-forwarding context strongly suggests that the industry should be considered holistically and the prior jurisprudence of the courts concerning the industry be respected.

V. Application to This Case

[68] The history, purpose, and text of s. 92(10)(a) suggest that federal jurisdiction is exceptional and should be treated as such. The historical roots of the provision reflect a concern that works and undertakings of national importance be subject to federal authority in order to prevent fragmentary legislative authority that might stymie such undertakings. The text of the provision indicates that a limited *genus* of works and undertakings should qualify as federal. The provision contemplates interprovincial transportation works and undertakings themselves, not merely those connected to such works or undertakings by contract.

[69] In light of this context, I am of the view that the employees of Fastfrate Calgary are properly subject to provincial jurisdiction. There is no sound jurisprudential basis for reading “other Works and Undertakings” in the expansive manner that the respondent Teamsters suggest.

[70] In the present case, Fastfrate’s *operations* are entirely intraprovincial. Neither Fastfrate employees, nor its equipment, are involved in any actual interprovincial transport. We are not faced here with the question of whether federal jurisdiction should apply to an undertaking that conducts a *de minimis* amount of interprovincial transport: see, e.g., *Windsor Airline Limousine Services Ltd. and U.S.W.A.* (1999), 56 C.L.R.B.R. (2d) 70; *Re Ottawa-Carleton Regional Transit Commission*. On the contrary, in the case of Fastfrate, it performs *no* interprovincial transport. As the ALRB observed, “any component of [Fastfrate’s] service that involves transport of the freight across provincial boundaries is contracted to a third-party interprovincial road or rail carrier” (para. 19).

[67] À mon avis, l’objectif de la prévisibilité dans le contexte de l’expédition de marchandises suggère fortement que l’industrie devrait être considérée dans sa globalité et que la jurisprudence antérieure portant sur l’industrie devrait être respectée.

V. Application à l’espèce

[68] L’historique, l’objet et le texte de l’al. 92(10)a laissent entendre que la compétence fédérale est exceptionnelle et devrait être traitée comme telle. Les origines historiques de la disposition reflètent la préoccupation que les travaux et entreprises d’importance nationale relèvent de la compétence fédérale afin d’éviter une compétence législative fragmentaire susceptible de placer ces entreprises dans une situation difficile. Le texte de la disposition indique qu’une *catégorie* limitée de travaux et d’entreprises devraient être qualifiés comme étant de nature fédérale. La disposition envisage les travaux et entreprises de transport interprovincial eux-mêmes, et non pas seulement les services liés par contrat à ces travaux ou entreprises.

[69] À la lumière de ce contexte, je suis d’avis que les employés de la succursale de Fastfrate à Calgary relèvent à juste titre de la compétence provinciale. Aucun fondement jurisprudentiel solide ne permet d’interpréter « autres travaux et entreprises » de façon aussi large que le propose le conseil des Teamsters intimé.

[70] En l’espèce, *les activités* de Fastfrate sont entièrement intraprovinciales. Ni les employés de Fastfrate, ni son matériel, ne participent au transport interprovincial. Il ne s’agit pas en l’espèce de savoir si une entreprise qui assure de façon minimale un transport interprovincial devrait relever de la compétence fédérale : voir, par exemple, *Windsor Airline Limousine Services Ltd. and U.S.W.A.* (1999), 56 C.L.R.B.R. (2d) 70; *Re Ottawa-Carleton Regional Transit Commission*. Au contraire, Fastfrate n’effectue *aucun* transport interprovincial. Comme l’a fait remarquer l’ALRB, [TRADUCTION] « toute partie du service [de Fastfrate] qui exige le transport interprovincial de marchandises est donnée en sous-traitance à un tiers transporteur ferroviaire ou routier interprovincial » (par. 19).

[71] The respondent Teamsters submit that Fastfrate's web of contractual relations with third-party carriers and its customers means that it *functions* as an undertaking connecting the provinces pursuant to s. 92(10)(a). The fact that Fastfrate provides "an interprovincial transportation network for its customers" should, according to the Teamsters, qualify it as a federal undertaking (Factum, at para. 53).

[72] The difficulty with this argument is that the text of s. 92(10)(a) and the jurisprudence interpreting it do not contemplate that a mere contractual relationship between a shipper and an interprovincial carrier would qualify Fastfrate as an undertaking connecting the provinces or extending beyond the limits of the province. Rather, it is the carriers that physically transport the freight interprovincially that constitute federal transportation works and undertakings. There is no indication that contracting alone can make intraprovincial undertakings subject to federal jurisdiction. I am not persuaded that there is a justifiable basis for expanding the scope of s. 92(10)(a) in the manner proposed by the Teamsters.

[73] Even where a recognized federal undertaking exists, not every part of its enterprise will necessarily be subject to federal jurisdiction. Distinct local works or undertakings may remain subject to provincial jurisdiction. In the *Empress Hotel* case (*Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122 (P.C.)), the issue was whether the employees of a hotel owned and operated by the CPR were subject to federal regulation. The appellants in that case argued that the hotel's employees were subject to federal regulation because the hotels were part of an integrated national transportation system. They maintained that

th[e] unified system [of rail and hotel services] is a national [transportation] undertaking which cannot reasonably be viewed as a conglomeration of local works

[71] Le conseil des Teamsters intimé soutient qu'en raison de son réseau de relations contractuelles avec des tiers transporteurs et ses clients, Fastfrate *agit* comme une entreprise reliant les provinces aux termes de l'al. 92(10)a). Le fait que Fastfrate offre [TRADUCTION] « un réseau de transport interprovincial à ses clients » devrait, selon le conseil des Teamsters, permettre de la considérer comme une entreprise fédérale (mémoire, par. 53).

[72] La difficulté que présente cet argument provient de ce que le texte de l'al. 92(10)a) et la jurisprudence portant sur l'interprétation de cette disposition n'envisagent pas la possibilité qu'une simple relation contractuelle entre un expéditeur et un transporteur interprovincial transforme Fastfrate en une entreprise reliant les provinces ou s'étendant au-delà des limites de la province. Ce sont plutôt les transporteurs assurant le transport effectif des marchandises entre les provinces qui sont des travaux ou des entreprises de transport de compétence fédérale. Rien n'indique que la soustraction à elle seule permette d'assujettir une entreprise intraprovinciale à la compétence fédérale. Je ne suis pas convaincu de l'existence d'un fondement justifiant l'élargissement de la portée de l'al. 92(10)a) de la manière proposée par le conseil des Teamsters.

[73] Même s'il existe une entreprise fédérale reconnue, toutes les composantes de cette entreprise ne relèveront pas nécessairement de la compétence fédérale. Certains travaux ou entreprises de nature locale peuvent continuer à relever de la compétence provinciale. Dans l'arrêt *Empress Hotel (Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122 (C.P.)), la question était de savoir si les employés d'un hôtel exploité par le CP, qui en était aussi le propriétaire, étaient assujettis à la réglementation fédérale. Les appelants prétendaient que les employés de l'hôtel étaient assujettis à la réglementation fédérale parce que les hôtels faisaient partie d'un système de transport national intégré. Ils soutenaient ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . ce réseau unifié [de services ferroviaires et hôteliers] est une entreprise [de transport] nationale qui ne peut raisonnablement être considérée

and undertakings. . . . The Empress Hotel [as the material in the record shows] is an integral part of this unified system. [p. 127]

[74] The Privy Council rejected this argument. Lord Reid said, at p. 140:

[T]heir Lordships can find neither principle nor authority to support the competence of the Parliament of Canada to legislate on a matter which clearly falls within the enumerated heads in s. 92 and cannot be brought within any of the enumerated heads in s. 91 merely because the activities of one of the parties concerned in the matter have created a unified system which is widespread and important in the Dominion. [Emphasis added.]

Lord Reid distinguished between CPR's operation of a national transportation undertaking and the Empress Hotel's local role within that system. In other words, the common ownership of complementary interprovincial and intraprovincial works or undertakings will not mean that the otherwise local enterprise is subject to federal regulation, unless it forms an integral or essential part of the interprovincial work or undertaking. This is true even where, as Lord Reid says, the commonly owned undertakings create a "unified system". In the case of Fastfrate, which conducts *only* local operations, I am not persuaded that its contractual relations with third-party carriers should attract federal jurisdiction any more than the Empress Hotel's operational and corporate relationship with the CPR did.

[75] The operational reality of Fastfrate is that it depends on third-party interprovincial carriers to conduct its business. It is in precisely the inverse situation of those undertakings that have been found to be subject to derivative federal jurisdiction because they are integral to a recognized interprovincial work or undertaking. As Professor Hogg observes, "[t]he relationship of dependency that will bring a local undertaking into federal jurisdiction is the dependency of the interprovincial undertaking on the local undertaking, not the other way around" (p. 654). This accords with the Federal Court of Appeal's observation in *Cannet* that "the only interprovincial undertaking involved . . . is

comme un conglomerat de travaux et d'entreprises de nature locale. [. . .] L'hôtel Empress [comme les documents au dossier le montrent] fait partie intégrante de ce système unifié. [p. 127]

[74] Le Conseil privé a rejeté cet argument. Lord Reid a déclaré ce qui suit à la p. 140 :

[TRADUCTION] [L]eurs Seigneuries ne peuvent trouver ni principe ni arrêt qui soutienne que le Parlement du Canada est compétent pour légiférer sur une question que les paragraphes de l'art. 92 (et non ceux de l'art. 91) visent clairement, uniquement parce que les activités de l'une des parties en cause ont créé un réseau unifié, étendu et important dans le Dominion. [Je souligne.]

Lord Reid a établi une distinction entre l'exploitation par le CP d'une entreprise de transport nationale et le rôle local que jouait l'hôtel Empress dans ce système. Autrement dit, le fait que des travaux ou entreprises complémentaires interprovinciaux et intraprovinciaux appartiennent au même propriétaire ne signifie pas que l'entreprise locale est assujettie à la réglementation fédérale, à moins qu'elle ne soit une partie intégrante ou essentielle du travail ou de l'entreprise interprovincial. C'est vrai même si, comme le dit lord Reid, les entreprises ayant un même propriétaire créent un « système unifié ». Dans le cas de Fastfrate, qui exerce *seulement* des activités locales, je ne suis pas convaincu que ses relations contractuelles avec les tiers transporteurs devraient relever de la compétence fédérale, pas plus que les relations opérationnelles et d'entreprise entre l'hôtel Empress et le CP.

[75] La réalité opérationnelle de Fastfrate veut qu'elle dépende des tiers transporteurs interprovinciaux pour exercer ses activités. Elle se trouve précisément dans la situation inverse des entreprises qui relèvent de la compétence fédérale dérivée parce qu'elles font partie intégrante d'un travail ou d'une entreprise de nature interprovinciale. Comme le fait remarquer le professeur Hogg, [TRADUCTION] « [I]a situation de dépendance qui fera en sorte qu'une entreprise locale relèvera de la compétence fédérale est la dépendance de l'entreprise interprovinciale face à l'entreprise locale, et non le contraire » (p. 654). Cela est conforme à l'observation de la Cour d'appel fédérale dans *Cannet* selon laquelle « la

that of the CNR and that a shipper on that railway from one province to another does not, by such activity, become the operator of an interprovincial undertaking”: p. 182 (*per* Heald J., agreeing with Jackett C.J.’s comments at p. 178). I share the view that Fastfrate remains a shipper. Its presence at both the originating and terminating ends may mean that it can provide a comprehensive *service* to its customers, but this does not change the fact that it is still only a shipper using an interprovincial railway or trucking company.

[76] There has also been discussion in the lower courts of the fact that Fastfrate is an integrated national company with branches across Canada. The case law has consistently held that corporate structure is not determinative of the jurisdictional analysis under s. 92(10)(a). As this Court affirmed in *Northern Telecom*, at p. 133, “the judgment is a functional, practical one about the factual character of the ongoing undertaking and does not turn on technical, legal niceties of the corporate structure or the employment relationship”. In my view, the functional analysis must centre on what operations the undertaking actually performs.

[77] The constitutional inquiry should not be diverted by minor differences in the operations of otherwise similar undertakings. In the freight-forwarding industry, if, as the Teamsters argue, the fact that Fastfrate operates at both the originating and terminating ends of a shipment distinguishes it from a freight forwarder that contracts with a related company at the receiving end, a corporate restructuring whereby separate but related companies operate at various locations would determine the constitutional question. Generally, constitutional jurisdiction should not be determined at this level of detail, nor should it be subject to “technical, legal niceties of the corporate structure or the employment relationship”: see *Northern Telecom*, at p. 133.

seule entreprise interprovinciale [. . .] est celle du CN; un expéditeur utilisant le chemin de fer pour le transport de marchandises d’une province à une autre ne devient pas de ce fait l’exploitant d’une entreprise interprovinciale » p. 182 (le juge Heald, souscrivant aux observations du juge en chef Jackett à la p. 178). Je suis d’avis que Fastfrate demeure un expéditeur. Sa présence sur les lieux d’origine et de destination des envois signifie peut-être qu’elle peut fournir un *service* complet à ses clients, mais cela ne change rien au fait qu’elle n’est qu’un expéditeur qui fait affaire avec une société interprovinciale de chemin de fer ou de transport par camion.

[76] Les tribunaux de juridiction inférieure ont également examiné le fait que Fastfrate est une entreprise nationale intégrée qui possède des succursales dans tout le Canada. Il est de jurisprudence constante que la structure organisationnelle n’est pas déterminante dans le cadre de l’analyse relative à la compétence en vertu de l’al. 92(10)a). Comme l’a affirmé notre Cour dans *Northern Telecom* à la p. 133, « la décision est un jugement à la fois fonctionnel et pratique sur le caractère véritable de l’entreprise active et il ne dépend pas des subtilités juridiques de la structure de la société en cause ou des relations de travail ». À mon avis, l’analyse fonctionnelle doit être axée sur les activités qu’exerce véritablement l’entreprise.

[77] L’analyse constitutionnelle ne devrait pas être influencée par les petites différences entre les activités qu’exercent des entreprises qui sont par ailleurs semblables. Si, dans l’industrie de l’expédition de marchandises, comme le soutient le conseil des Teamsters, le fait que Fastfrate exerce ses activités autant au lieu d’origine qu’au lieu de destination d’un envoi la distingue d’un expéditeur de marchandises qui conclut des contrats avec une entreprise connexe au lieu de destination, une restructuration organisationnelle selon laquelle des entreprises distinctes mais liées exercent leurs activités à différents endroits permettrait de trancher la question constitutionnelle. De façon générale, la compétence constitutionnelle ne devrait pas se jouer sur de si petits détails ni dépendre des « subtilités juridiques de la structure de la société en cause ou des relations de travail » : voir *Northern Telecom*, p. 133.

[78] The physical connection cases further demonstrate that merely *facilitating* interprovincial transport will not, without more, attract federal jurisdiction. In *City of Montreal v. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333, the Privy Council held that a mere physical connection between a local railway and an interprovincial railway was an insufficient basis to subject the local railway to federal regulation. The fact that the intraprovincial and the interprovincial railways had an arrangement “by which the cars of each railway run over the lines of the other, and passengers are conveyed from points on one system to points on the other over the permanent way of both” did not transform the intraprovincial railway into an interprovincial one for the purposes of s. 92(10)(a) (pp. 338 and 345-46).

[79] Likewise, in *UTU*, Dickson C.J. stated, at p. 1147, “that something more than physical connection and a mutually beneficial commercial relationship with a federal work or undertaking is required for a company to fall under federal jurisdiction” (emphasis added). He concluded this despite the fact that the rail cars originating on the Central Western line were taken by the Canadian National Railway across provincial boundaries. In other words, even where an intraprovincial work or undertaking originates freight traffic that is carried interprovincially by an interprovincial railway company, that does not transform the intraprovincial railway into an interprovincial one.

[80] In my view, the “something more” that would be required is the actual transportation of goods or persons across provincial boundaries: see, e.g., *Winner* (a bus company was an interprovincial undertaking because it transported passengers across provincial borders); *Re Ottawa-Carleton Regional Transit Commission* (the transport of passengers across the Quebec boundary qualified OC Transpo as a federal undertaking). It is the business

[78] Les affaires portant sur le lien matériel démontrent en outre que le simple fait de *faciliter* le transport interprovincial ne fera pas intervenir, à lui seul, la compétence fédérale. Dans *City of Montreal c. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333, le Conseil privé a conclu qu’un simple lien matériel entre un chemin de fer local et un chemin de fer interprovincial n’était pas suffisant pour assujettir le chemin de fer local à la réglementation fédérale. Le fait que les chemins de fer intraprovinciaux et interprovinciaux avaient conclu un arrangement [TRADUCTION] « selon lequel les wagons de chaque transporteur ferroviaire empruntent les lignes de l’autre, et les passagers sont transportés des points du parcours de l’un aux points du parcours de l’autre sur le réseau permanent de l’un ou l’autre » n’a pas transformé le chemin de fer intraprovincial en un chemin de fer interprovincial pour l’application de l’al. 92(10)a) (p. 338 et 345-346).

[79] De même, dans *TUT*, le juge en chef Dickson a déclaré, à la p. 1147, « qu’il en faut davantage que l’existence d’un lien matériel et des relations commerciales mutuellement avantageuses avec un ouvrage ou une entreprise à caractère fédéral pour qu’une compagnie soit assujettie à la compétence fédérale » (je souligne). Il est arrivé à cette conclusion même si les wagons provenant de la Central Western étaient acheminés par le Canadien National d’une province à l’autre. Autrement dit, le simple fait qu’un travail ou une entreprise de nature intraprovinciale soit à l’origine d’un transport interprovincial de marchandises effectué par une société de chemin de fer interprovinciale ne fait pas d’une société de chemin de fer intraprovinciale une société interprovinciale.

[80] À mon avis, ce qu’il faudrait « davantage », c’est le transport effectif de biens ou de personnes d’une province à l’autre : voir, par exemple, *Winner* (une société de transport par autobus était considérée comme une entreprise interprovinciale parce qu’elle transportait des passagers d’une province à l’autre); *Re Ottawa-Carleton Regional Transit Commission* (le transport de passagers au-delà des frontières du Québec a fait de OC Transpo une

performing the interprovincial operations (i.e. the interprovincial transportation) that is subject to federal jurisdiction. A shipper, whether it is a plant that ships its own rail cars or a freight forwarder that ships its own boxes or envelopes, still remains a shipper. The business that performs the interprovincial transportation — the carrier that crosses provincial boundaries — is the undertaking that attracts federal jurisdiction under s. 92(10)(a). The operations of Fastfrate are not in this category.

VI. Conclusion

[81] I would allow the appeal with costs in this Court and in the Court of Appeal. The decision of the Court of Queen’s Bench is restored. The labour relations of the Calgary operation of Fastfrate Inc. are subject to provincial jurisdiction.

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ. were delivered by

[82] BINNIE J. (dissenting) — For the past 30 years, this Court’s approach to determining whether a particular transportation or communication undertaking is federally regulated (including its labour relations) has depended on the precise nature and scope of the service it provides. In this respect “the test should be flexible and attentive to the facts of each particular case” (*United Transportation Union v. Central Western Railway Corp.*, [1990] 3 S.C.R. 1112, at p. 1140). In this case, the Alberta Labour Relations Board concluded that the appellant provides a transportation service to its customers that extends “beyond the Limits of the Province” of Alberta in the words of s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*, which provides:

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say, —

. . .

entreprise fédérale). C’est l’entreprise qui *exerce* les activités interprovinciales (c.-à-d. le transport interprovincial) qui relève de la compétence fédérale. Qu’il s’agisse d’une usine qui expédie ses propres wagons ou d’un expéditeur de marchandises qui envoie ses propres boîtes ou enveloppes, un expéditeur demeure un expéditeur. L’entreprise qui assure le transport interprovincial — le transporteur qui traverse les frontières provinciales — est l’entreprise qui relève de la compétence fédérale en vertu de l’al. 92(10)a). Les activités de Fastfrate n’appartiennent pas à cette catégorie.

VI. Conclusion

[81] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour et la Cour d’appel. La décision de la Cour du Banc de la Reine est rétablie. Les relations de travail de la succursale de Fastfrate Inc. à Calgary relèvent de la compétence provinciale.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie et Fish rendus par

[82] LE JUGE BINNIE (dissident) — Depuis les 30 dernières années, l’approche retenue par notre Cour pour déterminer si une entreprise donnée de transport ou de communication est assujettie à la réglementation fédérale (y compris ses relations de travail) dépend de la nature précise et de l’étendue des services qu’elle fournit. À cet égard, « le critère devrait [. . .] être souple et tenir compte des faits de chaque espèce » (*Travailleurs unis des transports c. Central Western Railway Corp.*, [1990] 3 R.C.S. 1112, p. 1140). En l’espèce, l’Alberta Labour Relations Board (la « Commission ») a conclu que l’appelante offre à ses clients des services de transport qui s’étendent « au-delà des limites de la province » de l’Alberta, pour reprendre les termes de l’al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lequel est ainsi libellé :

92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

. . .

10. Local Works and Undertakings other than such as are of the following Classes: —

a. Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs, and other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province:

[83] Fastfrate, the Board found, “operates an interprovincial undertaking because it regularly picks up, consolidates, deconsolidates and delivers freight on its own account in many provinces, at either end of the shipments that it contracts out to an interprovincial carrier” ((2005), 114 C.L.R.B.R. (2d) 1, at para. 51). It is this intermediate “contracting out” feature that forms the basis of the contrary opinion taken by my colleague Justice Rothstein. However, methods of transportation and communication have evolved since 1867, as have the methods by which businesses organize themselves to deliver such services. In an era where contracting out elements of a service business is commonplace, the modalities of how a truly interprovincial transportation operation “undertakes” to move its customers’ freight from one part of Canada and deliver it to another should not contrive to defeat federal jurisdiction. Checkerboard provincial regulation is antithetical to the coherent operation of a single functionally integrated indivisible national transportation service.

[84] I agree with the Alberta Labour Relations Board and the majority view of the Alberta Court of Appeal that by “contracting out” part of its transportation “operations”, Consolidated Fastfrate does not escape federal jurisdiction, as it seeks to do on this appeal. Consolidated Fastfrate is an interprovincial transportation undertaking. I would dismiss the appeal.

I. Overview

[85] In 1979 in *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1

10. Les travaux et entreprises d’une nature locale, autres que ceux énumérés dans les catégories suivantes : —

a. Lignes de bateaux à vapeur ou autres bâtiments, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres travaux et entreprises reliant la province à une autre ou à d’autres provinces, ou s’étendant au-delà des limites de la province;

[83] Selon la Commission, Fastfrate [TRADUCTION] « exploite une entreprise interprovinciale puisqu’elle ramasse, regroupe, dégroupé et distribue régulièrement des marchandises pour son propre compte dans plusieurs provinces, au point d’origine ou de destination des chargements donnés en sous-traitance à un transporteur interprovincial » ((2005), 114 C.L.R.B.R. (2d) 1, par. 51). C’est cet aspect de la « sous-traitance » intermédiaire qui est à l’origine de l’opinion contraire exprimée par mon collègue le juge Rothstein. Toutefois, les méthodes de transport et de communication ont évolué depuis 1867, tout comme les méthodes qu’utilisent les entreprises pour organiser la prestation de ces services. À une époque où il est courant de sous-traiter certains éléments d’un service, les modalités selon lesquelles une véritable entreprise de transport interprovincial « s’engage » à transporter les marchandises de ses clients d’une partie du Canada à une autre ne devraient pas permettre de soustraire cette entreprise à la compétence fédérale. Une réglementation provinciale disparate est antithétique à l’exploitation cohérente d’un service national de transport unique, fonctionnellement intégré et indivisible.

[84] Je suis d’accord avec la Commission et les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Alberta pour dire qu’en donnant une partie de ses « activités » de transport en « sous-traitance », Consolidated Fastfrate n’échappe pas à la compétence fédérale, comme elle tente de le faire dans le présent pourvoi. Consolidated Fastfrate est une entreprise de transport interprovincial. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Aperçu

[85] En 1979 dans *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980]

S.C.R. 115, at p. 132, Dickson J. (as he then was) laid out six basic principles to be considered in assessing whether an undertaking falls under federal or provincial jurisdiction, including the proposition that:

The question whether an undertaking, service or business is a federal one depends on the nature of its operation.

Ten years later, in *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225 (“AGT”), the Court interpreted “nature of the operation” to include in federal regulation a provincial Crown telephone system that relied on contractual arrangements with out-of-province utilities to provide interprovincial and international service. Fastfrate, unlike *Alberta Government Telephones* (“AGT”), provides a customer-to-customer interprovincial service. It handles the shipment both in the province of origin *and* in the province of destination. Technology in the communications industry obviously differs from that in the transportation of goods, but no distinction has been drawn in our cases to date between the *legal test* applicable to communication undertakings and that applied to transportation undertakings. Although *Northern Telecom* was concerned with communications workers, the test used by Dickson J. in that case was confirmed in *Central Western Railway*, at pp. 1138-40, and in *AGT*, at pp. 257-58, where as Chief Justice he wrote that “[t]here is ample authority for the proposition that the crucial issue in any particular case is the nature or character of the undertaking that is in fact being carried on” (emphasis added). At pp. 259-60 of *AGT*, Dickson C.J. continued:

The fact that a company does not own or operate physical facilities outside a particular province does not mean that the company’s undertaking is necessarily local in nature (see: *R. v. Toronto Magistrates, Ex Parte Tank Truck Transport Ltd.*, [1960] O.R. 497, and *R. v. Cooksville Magistrate’s Court, Ex parte Liquid Cargo*

1 R.C.S. 115, p. 132, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a énoncé six principes de base à prendre en considération pour déterminer si une entreprise relève de la compétence fédérale ou provinciale, y compris la proposition suivante :

La question de savoir si une entreprise, un service ou une affaire relève de la compétence fédérale dépend de la nature de l’exploitation.

Dix ans plus tard, dans *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225 (« AGT »), la Cour a interprété « la nature de l’exploitation » de façon à inclure dans la réglementation fédérale un système téléphonique d’État provincial fondé sur des ententes contractuelles conclues avec des entreprises de services publics à l’extérieur de la province en vue de fournir des services interprovinciaux et internationaux. Fastfrate, contrairement à *Alberta Government Telephones* (« AGT »), offre un service interprovincial interconsommateurs. Elle s’occupe de la livraison dans la province d’origine *et* dans la province de destination. La technologie dans le secteur des communications diffère évidemment de celle du transport des marchandises, mais notre jurisprudence n’a encore établi aucune distinction entre le *critère juridique* applicable aux entreprises de communication et celui applicable aux entreprises de transport. Bien que *Northern Telecom* concerne les travailleurs en communication, le critère utilisé par le juge Dickson dans cette affaire a été confirmé dans *Central Western Railway*, aux p. 1138-1140, et dans *AGT*, aux p. 257-258, où, alors qu’il était Juge en chef, il a écrit qu’« [i]l y a amplement de jurisprudence à l’appui de la proposition selon laquelle la question essentielle dans tous les cas concerne la nature ou le caractère de l’entreprise qui est en fait exploitée » (je souligne). Aux pages 259-260 de l’arrêt *AGT*, le juge en chef Dickson a ajouté ce qui suit :

Le fait qu’une société ne possède pas ou n’exploite pas d’installations matérielles à l’extérieur d’une province donnée ne signifie pas que son entreprise est forcément de nature locale (voir : *R. v. Toronto Magistrates, Ex Parte Tank Truck Transport Ltd.*, [1960] O.R. 497, et *R. v. Cooksville Magistrate’s Court, Ex parte Liquid*

Lines Ltd., [1965] 1 O.R. 84 (H.C.), at p. 89, *per* Haines, J.).

Both of the authorities cited in *AGT* by Dickson C.J. (*Tank Truck Transport* and *Liquid Cargo Lines*) were transportation cases. *AGT* was a communications case. The technology may be different, but the legal test was (and is) the same.

[86] In my opinion, the test formulated in the s. 92(10)(a) cases is a functional test, and it requires the Court to focus on what transportation service Fastfrate undertakes to provide to its customers — local or interprovincial. The outcome does not depend on whether, in carrying out its interprovincial freight contracts, Fastfrate does or does not contract with another corporate entity to move the goods across an interprovincial or international boundary. The question is the nature of the service Fastfrate undertakes to provide, not the modalities of performance as they may exist from time to time.

[87] My colleague Rothstein J., on the other hand, prefers a narrower approach “anchored in the historical context”. He concludes that federal jurisdiction under s. 91(29) and s. 92(10)(a) should be read “narrowly” (para. 27), noting the reference in that section to physical works such as railways, canals and telegraph poles that were perceived in 1867 to be essential to nation-building (para. 36). My colleague infers from the text of s. 92(10)(a) that transportation (which he distinguishes from communications) works and undertakings are restricted to undertakings that themselves “physically connect the provinces” (paras. 43-61). Instead of being “attentive to the facts of each particular case”, my colleague prefers to look “at industries on a broad, rather than excessively detailed basis” because to “splice and dice discrete differences among companies within an industry” undermines “predictability” (para. 46). Rothstein J. rejects the applicability of cases such as *Public Service Board v. Dionne*, [1978] 2 S.C.R. 191, and *AGT* on the basis that they deal with communications rather than transportation (paras. 60 and 66). Transportation is

Cargo Lines Ltd., [1965] 1 O.R. 84 (H.C.), à la p. 89, le juge Haines).

Les deux décisions citées par le juge en chef Dickson dans *AGT* (*Tank Truck Transport* et *Liquid Cargo Lines*) étaient des affaires en matière de transport. *AGT* était une décision en matière de communications. La technologie est peut-être différente, mais le critère juridique était (et est encore) le même.

[86] À mon avis, le critère énoncé dans les affaires relatives à l'al. 92(10)a est un critère fonctionnel exigeant que la Cour se concentre sur la nature — locale ou interprovinciale — des services de transport que Fastfrate s'engage à fournir à ses clients. L'issue ne dépend pas de la question de savoir si, dans l'exécution de ses contrats de transport interprovincial, Fastfrate conclut ou non des contrats avec une autre société pour assurer le transport des marchandises au-delà des frontières provinciales ou nationales. La question porte sur la nature des services que Fastfrate s'engage à fournir, et non sur les modalités de prestation des services qui sont établies.

[87] Mon collègue le juge Rothstein préfère plutôt une approche plus restreinte « ancrée dans le contexte historique ». Il conclut que la compétence fédérale conférée par le par. 91(29) et l'al. 92(10)a doit être interprétée « de façon restrictive » (par. 27), soulignant qu'il est fait mention dans cette disposition d'ouvrages concrets tels les chemins de fer, les canaux et les poteaux télégraphiques, qui étaient considérés en 1867 comme essentiels au développement de la nation (par. 36). Mon collègue déduit du texte de l'al. 92(10)a que les travaux et entreprises de transport (qu'il distingue des travaux et entreprises de communication) se limitent aux entreprises qui « relient physiquement les provinces » (par. 43-61). Au lieu de « tenir compte des faits de chaque espèce », mon collègue préfère procéder à « un examen général de l'industrie plutôt [qu'à] un examen excessivement détaillé » parce que « décorquer les différences subtiles entre les entreprises qui œuvrent au sein d'une industrie » mine la « prévisibilité » (par. 46). Le juge Rothstein rejette l'applicabilité d'arrêts tels que *Régie des services publics c. Dionne*, [1978] 2 R.C.S. 191, et *AGT* au

different because while communications operators can provide their services interprovincially and internationally from a fixed point (e.g. by satellite systems), transporters operate under physical and spatial limitations that require them physically to move goods across the provincial or international boundaries. Accordingly, my colleague concludes, what is required in the transportation field is that in order to be subject to federal jurisdiction, the undertaking must itself “physically transport the freight interprovincially” (para. 72).

[88] In my view, the relevant distinction in the s. 92(10)(a) jurisprudence is not between undertakings engaged in transportation and those engaged in communications, but between local undertakings within the province and undertakings whose service (whether transportation or communication) extends beyond the province. In this respect, there is no difference between the test for transportation cases and the test for communications cases. This was confirmed (again) by Dickson C.J. in the last of his series of “interprovincial undertaking” cases where he made a direct comparison between the scope of the intraprovincial transportation “service” offered in *Central Western Railway* with the interprovincial communications “service” offered by AGT (p. 1135). On this point, I agree with Watson J.A., speaking for the majority in the court below:

In our view, the jurisprudence does not give trumping status to, let alone mandate, the factor of physical transition as a pre-condition to finding an interprovincial work or undertaking. . . . More important than a *physical* connection is whether the *functional* nature of the operation is to connect the provinces. [Emphasis in original.]

(2007 ABCA 198, 79 Alta. L.R. (4th) 201, at para. 53)

[89] Canadian courts have never accepted the sort of “originalism” implicit in my colleague’s

motif qu’ils portent sur les communications plutôt que sur le transport (par. 60 et 66). Le domaine du transport est différent parce que les entreprises de communication peuvent fournir des services interprovinciaux et internationaux à partir d’un point fixe (par exemple les systèmes par satellite) alors que les transporteurs connaissent des limites physiques et spatiales qui les obligent à transporter physiquement les marchandises d’une province à l’autre ou d’un pays à l’autre. Par conséquent, mon collègue estime que, pour relever de la compétence fédérale dans le domaine des transports, l’entreprise doit elle-même « assur[er] le transport effectif des marchandises entre les provinces » (par. 72).

[88] Selon moi, la distinction pertinente dans la jurisprudence relative à l’al. 92(10)a) ne se fait pas entre les entreprises de transport et les entreprises de communication, mais plutôt entre les entreprises locales dans la province et les entreprises dont les services (que ce soit des services de transport ou de communication) s’étendent au-delà des limites de la province. À cet égard, il n’existe aucune différence entre le critère applicable aux affaires de transport et celui applicable aux affaires de communication. C’est ce qu’a confirmé (à nouveau) le juge en chef Dickson dans la dernière de sa série de décisions relatives à des « entreprises interprovinciales » où il a comparé directement la portée du « service » intraprovincial de transport dont il est question dans *Central Western Railway* et le « service » interprovincial de communication offert par AGT (p. 1135). Sur ce point, je suis d’accord avec le juge Watson, s’exprimant ainsi au nom des juges majoritaires de la Cour d’appel :

[TRADUCTION] À notre avis, la jurisprudence ne considère pas comme péremptoire, ni même pertinent, le facteur du transfert physique comme une condition préalable pour conclure qu’il s’agit d’un ouvrage ou d’une entreprise interprovincial. [. . .] Plus importante que le lien *physique* est la question de savoir si la nature *fonctionnelle* de l’opération consiste à relier les provinces. [En italique dans l’original.]

(2007 ABCA 198, 79 Alta. L.R. (4th) 201, par. 53)

[89] Les tribunaux canadiens n’ont jamais accepté l’« originalisme » qui se dégage de la description

historical description of the thinking in 1867. The persistent feebleness of the federal power over trade and commerce and the eclipse of the federal authority related to peace, order and good government bear witness to the ascendancy of the “living tree” approach. As our Court recently stated in relation to the division of legislative authority in *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, “the interpretation of these powers and of how they interrelate must evolve and must be tailored to the changing political and cultural realities of Canadian society” (para. 23). This is not to say that the passage of time alters the division of powers. It is to say that the arrangement of legislative and executive powers entrenched in the *Constitution Act, 1867* must now be applied in light of the business realities of 2009 and not frozen in 1867.

[90] The current Canadian economy would be unrecognizable to the statesmen of 1867 and, to borrow an analogy from Thomas Jefferson, one would not expect a grown man to wear a coat that fitted him as a child. The coat is of the same design, but the sleeves are longer and the chest is broader and the warp and woof of the fabric is more elaborate and complex. Adopting a purposive approach to constitutional interpretation, as we must, what is important is not how transportation was viewed in 1867 but rather to match in our own era the level of regulation (federal, provincial or territorial) appropriate to the nature and scope of the undertaking. Now, as in 1867, when a transportation undertaking connects or extends “beyond the Limits of the Province” its regulation is assigned by the *Constitution Act, 1867* to the federal level of authority.

II. Facts

[91] Fastfrate has its head office in metro Toronto, major terminal facilities in Montreal, Toronto, Winnipeg, Regina, Saskatoon, Edmonton, Calgary and Vancouver, and smaller facilities elsewhere (Board decision, at para. 4). The current status of

historique que mon collègue a faite du raisonnement qui valait en 1867. La faiblesse persistante du pouvoir fédéral sur les échanges et le commerce et l'éclipse du pouvoir fédéral relativement à la paix, l'ordre et le bon gouvernement témoignent de la portée de l'approche de « l'arbre vivant ». Comme notre Cour l'a récemment déclaré au sujet du partage des compétences législatives dans *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, « l'interprétation de ces compétences et de leur articulation doit être évolutive et adaptée aux réalités politiques et culturelles changeantes de la société canadienne » (par. 23). On ne dit pas par là que le partage des compétences change avec le temps, mais que l'agencement des pouvoirs législatif et exécutif prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867* doit maintenant être appliqué en fonction des réalités du monde des affaires de 2009, et non être figé en 1867.

[90] Les hommes d'État de 1867 ne reconnaîtraient pas le contexte économique actuel du Canada et, pour reprendre une analogie de Thomas Jefferson, personne ne peut s'attendre à ce qu'un homme porte un manteau qui lui faisait quand il était enfant. Le modèle du manteau n'a pas changé, mais les manches sont plus longues, le buste plus large, et la chaîne et la trame du tissu sont plus élaborées, plus complexes. Si l'on s'en tient, comme il se doit, à une méthode d'interprétation constitutionnelle téléologique, ce n'est pas la façon dont était perçu le domaine du transport en 1867 qui importe mais plutôt la façon de rattacher aujourd'hui le niveau de réglementation (fédéral, provincial ou territorial) approprié à la nature et à la portée de l'entreprise. De nos jours, tout comme en 1867, si une entreprise de transport relie une province à une autre ou s'étend « au-delà des limites de la province », la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que sa réglementation est de compétence fédérale.

II. Faits

[91] Le bureau principal de Fastfrate est situé dans la région métropolitaine de Toronto, les grandes installations terminales se trouvant à Montréal, Toronto, Winnipeg, Regina, Saskatoon, Edmonton, Calgary et Vancouver et les plus petites installations

Fastfrate's labour relations presents a patchwork quilt. The Alberta, Manitoba and British Columbia provincial labour boards have taken jurisdiction to certify Fastfrate bargaining units. On the other hand, the federal board has certified units in Saskatchewan, Edmonton, Toronto and Montreal. Fastfrate's interprovincial undertaking would be frustrated, for example, if its employees in Calgary, governed by Alberta rules, were to dispatch freight to Montreal where Fastfrate employees are governed by different (provincial) rules and are on strike.

[92] At its Calgary terminal, the Alberta Board found, Fastfrate owns and maintains terminal premises with cross-docks and warehousing space, and trucks, tractors and trailers for pickups and deliveries. It employs drivers, warehouse personnel, office and clerical employees, sales personnel, and managers to perform this business (paras. 9-10). Similar terminal facilities exist at the point of deconsolidation and delivery in other provinces. In this respect, Fastfrate's personnel and "physical" equipment would seem to meet Rothstein J.'s test that to be federally regulated, it is necessary that "the undertaking itself physically operates or facilitates carriage across interprovincial boundaries" (para. 44 (emphasis added)).

[93] Fastfrate also maintains a network of contractual relationships with freight transporters. In some local markets, these contractors supplement Fastfrate's own forces for local pickup and delivery. Fastfrate generally does not transport its freight interprovincially using its own property or employees; for that intermediate segment of carriage Fastfrate uses contractors, either interprovincial line-haul truckers by road, or Canadian Pacific Railway by rail (Board decision, at para. 9).

étant réparties ailleurs dans le pays (décision de la Commission, par. 4). Les relations de travail de Fastfrate forment actuellement une véritable mosaïque. Les Commissions du travail provinciales de l'Alberta, du Manitoba et de la Colombie-Britannique se sont déclarées compétentes pour accréditer les unités de négociation de Fastfrate. Par contre, la Commission fédérale a accrédité des unités en Saskatchewan, à Edmonton, à Toronto et à Montréal. L'entreprise interprovinciale de Fastfrate serait frustrée, par exemple, si les employés de la succursale de Calgary, qui sont assujettis aux règles de l'Alberta, envoyaient les marchandises à Montréal où les employés de Fastfrate sont assujettis à des règles (provinciales) différentes et sont en grève.

[92] À la succursale de Calgary, selon la Commission, Fastfrate possède et exploite un terminal où l'on trouve des installations de transbordement et des espaces d'entreposage, ainsi que des camions, des tracteurs et des remorques pour le ramassage et la livraison. Elle emploie des camionneurs, des commis d'entrepôt, des employés de bureau, des préposés aux ventes ainsi que des directeurs pour veiller au bon fonctionnement de l'entreprise (par. 9-10). Des installations terminales semblables se trouvent au point de dégroupement et de livraison dans d'autres provinces. À cet égard, le personnel et les installations « matérielles » de Fastfrate sembleraient satisfaire au critère du juge Rothstein selon lequel, pour relever de la compétence fédérale, « une entreprise de transport doit [. . .] elle-même effectuer ou faciliter le transport entre les provinces » (par. 44 (je souligne)).

[93] Fastfrate exploite aussi un réseau de relations contractuelles avec des transporteurs de marchandises. Dans certains marchés locaux, ces entrepreneurs complètent l'effectif de Fastfrate dans le cadre des services locaux de ramassage et de distribution. Habituellement, Fastfrate ne transporte pas ses marchandises d'une province à l'autre en utilisant ses biens ou en recourant à ses propres employés; pour cette partie intermédiaire du transport, elle fait appel à des entrepreneurs, soit des camionneurs routiers interprovinciaux, soit le Chemin de fer Canadien Pacifique (décision de la Commission, par. 9).

[94] The Alberta Board found that whether a Fastfrate shipment travels interprovincially by CP Rail or by a third-party road carrier, the presence of the interprovincial carrier is invisible to both the consignor and the consignee. The only undertaking they deal with is Fastfrate. The same is true of local pickup and delivery by third-party carriers. The consignor of a Toronto-to-Calgary shipment, for example, will receive one bill of lading from Fastfrate for the entire shipment from pickup to ultimate delivery. Customers will not know from the documentation which (if any) third parties handled any part of their shipment. Fastfrate assumes liability for any claims for damage or non-delivery along the entire routing and carries comprehensive insurance to manage this liability. If damage or loss occurs during carriage by a subcontractor, e.g. CP Rail, Fastfrate would be liable to the customer and would in turn pursue its own claim against CP Rail (para. 27).

[95] In terms of corporate organization, the Calgary branch is not a stand-alone local undertaking. All branches are served by a common information technology system centred in Toronto (Board decision, at para. 32). Fastfrate's regional vice-president for Western Canada (Thunder Bay to Vancouver Island) acknowledged that he has "100% power to modify branch operations anywhere in western Canada" (Board decision, at para. 31). Fastfrate's collective bargaining is not handled at the branch level. Even the Regional Manager would not sign a collective agreement without the approval of the Regional Vice-President. In other words, the interprovincial undertaking is managed interprovincially. What is important, of course, is not that Fastfrate is managed interprovincially but that its undertaking is interprovincial transportation.

III. Analysis

[96] Generally speaking, labour relations are provincially regulated because most works and undertakings *are* local and s. 92(10) gives the province jurisdiction over "Local Works and Undertakings".

[94] La Commission a conclu que, peu importe que les envois de Fastfrate soient transportés d'une province à l'autre par CP Rail ou par un tiers transporteur routier, le transporteur interprovincial reste invisible pour l'expéditeur et le destinataire. Ceux-ci ne font affaire qu'avec Fastfrate. Il en est de même pour les services locaux de ramassage et de livraison fournis par des tiers transporteurs. L'expéditeur d'un envoi de Toronto à Calgary, par exemple, ne reçoit que le seul connaissement de Fastfrate pour l'envoi, du ramassage à la livraison à la destination finale. Les documents n'indiquent pas si des tiers (le cas échéant) se sont occupés des envois. Fastfrate assume la responsabilité pour toute réclamation pour dommages-intérêts ou défaut de livraison tout au long du transport et détient une assurance tous risques pour parer à cette éventualité. Si le dommage ou la perte se produit pendant le transport effectué par un sous-traitant, par exemple CP Rail, Fastfrate serait responsable envers le client et poursuivrait à son tour CP Rail (par. 27).

[95] En ce qui concerne la structure organisationnelle, la succursale de Calgary n'est pas une entreprise locale autonome. Toutes les succursales sont desservies par un système de technologie de l'information commun basé à Toronto (décision de la Commission, par. 32). Le vice-président régional de Fastfrate pour l'Ouest du Canada (de Thunder Bay à l'île de Vancouver) a reconnu avoir [TRADUCTION] « plein pouvoir pour modifier les activités des succursales n'importe où dans l'Ouest du Canada » (décision de la Commission, par. 31). Le processus de négociation collective de Fastfrate ne relève pas des succursales. Même le directeur régional ne peut signer une convention collective sans l'approbation du vice-président régional. Autrement dit, l'entreprise interprovinciale est gérée de façon interprovinciale. Le point important, bien sûr, ce n'est pas que Fastfrate ait une gestion interprovinciale mais que son entreprise soit le transport interprovincial.

III. Analyse

[96] De façon générale, les relations de travail sont assujetties à la réglementation provinciale parce que la plupart des travaux et entreprises *sont* de nature locale et que le par. 92(10) donne à la

The question is, as the Alberta Board formulated it, whether Fastfrate is one interprovincial transportation undertaking or many local ones (paras. 55-58). The manner in which the *Constitution Act, 1867* is structured does not mean that federal jurisdiction over interprovincial undertakings should receive a cramped interpretation. On this rather fundamental point, I respectfully disagree with my colleague Rothstein J. when he writes:

Section 92(10) provides that “Works and Undertakings” are subject to local regulation. A work or undertaking is subject to federal jurisdiction only where an exception is made out. Local regulation is the rule; federal regulation, the exception. [para. 31]

The Constitution nowhere gives the provinces general jurisdiction in relation to “Works and Undertakings”. Section 92(10), as stated, gives the provinces jurisdiction only over *local* works and undertakings, and even this grant is qualified to the extent such *local* works and undertakings connect the province “with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province”, in which case they are regulated federally pursuant to s. 91(29).

[97] This point was adverted to by Dickson J. in *Northern Telecom*, at pp. 128-29:

Colin McNairn in his “Transportation, Communication and the Constitution: The Scope of Federal Jurisdiction” (1969), 47 *Can. Bar Rev.* 355, at 393, took the view that the exceptions as exceptions ought to be narrowly construed against federal power. W.R. Lederman in his illuminating article, “Telecommunications and the Federal Constitution of Canada” in H.E. English, ed., *Telecommunications for Canada* (1973), 339 at 360, puts much greater stress upon the effect of s. 91(29) in converting these exceptions to an exclusive head of federal power and thus supports a broader reading of federal authority.

Although Dickson J. did not provide an explicit answer to his question, his description of Professor

province la compétence en matière de « travaux et entreprises d’une nature locale ». La question est donc, comme l’a formulée la Commission, de savoir si Fastfrate constitue une entreprise de transport interprovinciale ou plusieurs entreprises de nature locale (par. 55-58). La façon dont est structurée la *Loi constitutionnelle de 1867* ne signifie pas que la compétence fédérale en matière d’entreprises interprovinciales doit recevoir une interprétation étroite. Sur ce point plutôt fondamental, je ne peux, en toute déférence, souscrire à l’opinion de mon collègue le juge Rothstein lorsqu’il écrit :

Le paragraphe 92(10) prévoit que les « travaux et entreprises » sont assujettis à la réglementation locale. Ils ne relèvent de la compétence fédérale que si une exception est prévue. La réglementation locale est la règle, la réglementation fédérale, l’exception. [par. 31]

La Constitution ne confère nullement aux provinces une compétence générale en matière de « travaux et entreprises ». Le paragraphe 92(10), comme je l’ai déjà dit, accorde aux provinces uniquement la compétence en matière de travaux et entreprises d’une nature *locale* et ce, à l’exception des travaux et entreprises de nature *locale* reliant la province « à une autre ou à d’autres provinces, ou s’étendant au-delà des limites de la province », auquel cas ils sont assujettis à la réglementation fédérale en vertu du par. 91(29).

[97] Le juge Dickson a abordé ce point dans *Northern Telecom*, aux p. 128-129 :

Dans son étude « Transportation, Communication and the Constitution: The Scope of Federal Jurisdiction » (1969), 47 *R. du B. Can.* 355, à la p. 393, Colin McNairn se dit d’avis que les exceptions doivent, en tant qu’exceptions, être interprétées restrictivement, à l’encontre de la compétence fédérale. Dans son article très enrichissant « Telecommunications and the Federal Constitution of Canada » paru dans H.E. English, éd., *Telecommunications for Canada* (1973), 339 à la p. 360, W.R. Lederman insiste beaucoup plus sur l’effet du par. 91(29) qui convertit ces exceptions en un domaine de compétence exclusivement fédérale et appuie donc une interprétation beaucoup plus large de la compétence fédérale.

Bien que le juge Dickson n’ait pas donné une réponse explicite à sa question, le fait qu’il ait décrit l’article

Lederman's article as "illuminating" indicates a preference for Professor Lederman's "broader reading of federal authority", as indeed is apparent in his various judgments on the topic in the 11 years from *Northern Telecom* in 1979 to *AGT* in 1989 and *Central Western Railway* in 1990. In *AGT*, for example, he framed the issue neutrally and not as "an exception" as follows:

It was conceded that *AGT* is an "undertaking" within the meaning of s. 92(10)(a) (see Reed J. *supra*, at p. 532), and the issue is whether it is a "local" undertaking and therefore within provincial jurisdiction, or an undertaking "connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province", and therefore within federal jurisdiction. [p. 258]

The question, in short, is what precisely is the nature of the transportation service provided by Fastfrate — local or interprovincial? On this point, the Alberta Board is emphatic. The Fastfrate undertaking is dedicated to the interprovincial pickup and delivery of freight.

A. Historical Background

[98] Justice Rothstein fairly lays out some of the constitutional thinking in 1867. The contemplated balance between federal and provincial authority was reflected in the general language of the *Constitution Act, 1867*, which has been interpreted and re-interpreted as Canadian society has evolved. As mentioned, the drafters of s. 92(10)(a) understood interprovincial communication in terms of wires strung along telegraph poles. In 1867, *physical* connection was essential. It is therefore not surprising that s. 92(10)(a) would list physical works. Yet, as Rothstein J. acknowledges, "undertakings" is a much broader concept than works, and includes "arrangement[s] under which of course physical things are used": *Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] S.C.R. 767 (per Martland J., at p. 772), citing *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304 (P.C.), at p. 315, and *Attorney-General for Ontario v. Winner*, [1954] A.C. 541 (P.C.), at p. 552. Nowhere in these cases is

du professeur Lederman comme « enrichissant » indique une préférence pour l'« interprétation beaucoup plus large de la compétence fédérale » du professeur Lederman, comme il ressort clairement de ses différents jugements sur le sujet pendant 11 ans, de *Northern Telecom* en 1979 à *AGT* en 1989 et *Central Western Railway* en 1990. Dans *AGT*, par exemple, il a formulé la question d'une façon neutre et non en parlant « d'une exception » :

On a reconnu que l'*AGT* est une « entreprise » au sens de l'al. 92(10)(a) (voir le juge Reed, précité, à la p. 482 C.F.) et la question est de savoir s'il s'agit d'une entreprise de nature « locale » et donc de compétence provinciale ou une entreprise « reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province » et donc de compétence fédérale. [p. 258]

En résumé, la question est de savoir précisément si la nature des services de transport fournis par Fastfrate est locale ou interprovinciale. Sur ce point, la Commission est catégorique. L'entreprise Fastfrate se charge du ramassage et de la livraison de marchandises entre les provinces.

A. Contexte historique

[98] Le juge Rothstein énonce de façon juste la tendance constitutionnelle de 1867. L'équilibre recherché entre le pouvoir fédéral et provincial se reflétait dans le libellé général de la *Loi constitutionnelle de 1867*, laquelle a été interprétée et réinterprétée en fonction de l'évolution de la société canadienne. Comme je l'ai déjà dit, les rédacteurs de l'al. 92(10)(a) concevaient la communication interprovinciale en termes de fils suspendus à des poteaux télégraphiques. En 1867, le lien *matériel* était essentiel. Il n'est donc pas surprenant que l'al. 92(10)(a) énumère des travaux concrets. Or, comme le reconnaît le juge Rothstein, le terme « entreprises » renvoie à un concept beaucoup plus large que le terme « travaux » et englobe des [TRADUCTION] « arrangement[s] dans le cadre d[es]quel[s], évidemment, des choses matérielles sont utilisées » : *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767 (le juge Martland, p. 772), citant *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304 (C.P.), p. 315, et *Attorney-General*

it suggested that the “arrangement” precludes contracting out elements of the service provided.

B. *The AGT Decision*

[99] *AGT* rejected the argument that to be characterized as an interprovincial undertaking, an entity must itself physically transport (e.g. by rail) or communicate (e.g. by a telephone cable or telegraph line) across a provincial boundary. The evidence in that case was that the facilities of the Alberta Government Telephones System were physically located entirely in Alberta although it “connected” with the cable and microwave equipment of other companies at the Alberta border. Our Court held that “mere interconnection of physical facilities in one province with those in a neighbouring province, territory or state may not be sufficient to attract the characterization of the undertaking involved as interprovincial in nature” (p. 262). However, by reason of *AGT*’s contractual arrangements with out-of-province communications providers both directly and through Telecom Canada, *AGT* was able to provide its Alberta customers with an interprovincial and international communications service. *AGT* resisted federal regulation, but Dickson C.J. held:

In my view, Reed J. found that *AGT* itself is operating an interprovincial undertaking and that it does so primarily through bilateral contracts, its role in Telecom Canada, and the physical interconnection of its system at the borders of Alberta. I agree with that conclusion. [Emphasis deleted; p. 263.]

See also *Téléphone Guèvremont Inc. v. Québec (Régie des télécommunications)* (1992), 99 D.L.R. (4th) 241 (Que. C.A.), aff’d [1994] 1 S.C.R. 878.

[100] It was said in *AGT* that “one could not separate the local from the non-local without emasculating *AGT*’s enterprise as it presently exists” (p. 255). The same is true of *Fastfrate*.

for Ontario c. Winner, [1954] A.C. 541 (C.P.), p. 552. Rien dans ces décisions n’indique que l’« arrangement » interdit la sous-traitance d’éléments du service fourni.

B. *L’arrêt AGT*

[99] Dans *AGT*, notre Cour a rejeté l’argument selon lequel une entité, pour être qualifiée d’entreprise interprovinciale, doit assurer elle-même le transport (par exemple par rail) ou communiquer (par exemple par téléphone ou télégraphe) d’une province à l’autre. Il ressort de la preuve présentée dans cette affaire que les installations du système téléphonique du gouvernement de l’Alberta étaient situées entièrement en Alberta même si elles étaient « raccordées » aux câbles et à l’équipement de communications par micro-ondes d’autres entreprises à la frontière de l’Alberta. Notre Cour a conclu que le « simple raccordement d’installations matérielles situées dans une province à celles d’une autre province, territoire ou État voisin peut être insuffisant pour qualifier l’entreprise visée comme étant de nature interprovinciale » (p. 262). Toutefois, en raison des arrangements contractuels intervenus directement et par l’entremise de Télécom Canada entre *AGT* et des fournisseurs de services de communication à l’extérieur de la province, *AGT* était en mesure de fournir un service de communication interprovincial et international à ses clients de l’Alberta. *AGT* s’est opposée à la réglementation fédérale, mais le juge en chef Dickson a conclu comme suit :

À mon avis, le juge Reed a conclu que l’*AGT* elle-même exploite une entreprise interprovinciale et qu’elle le fait principalement grâce à des contrats bilatéraux, à son rôle au sein de Télécom Canada et au raccordement de son système aux frontières de l’Alberta. Je partage cette conclusion. [Soulignement omis; p. 263.]

Voir aussi *Téléphone Guèvremont Inc. c. Québec (Régie des télécommunications)*, [1993] R.J.Q. 77 (C.A.), conf. par [1994] 1 R.C.S. 878.

[100] On a dit dans *AGT* que l’« on ne pourrait séparer le local de ce qui ne l’est pas sans émasculer l’entreprise qu’est *AGT* dans son état actuel » (p. 255). Il en est de même pour *Fastfrate*.

[101] If AGT is subject to federal regulation by reason of its provision of interprovincial and international *services*, which can only be performed by relying on contractual arrangements with other facilities providers, Fastfrate should receive similar treatment, especially as its facilities (unlike those of AGT) are engaged at both pickup and delivery.

C. *The Central Western Railway Decision*

[102] Justice Rothstein's response is that communication technology is different from transportation technology, and so it is, but that does not lead to a different legal test under s. 92(10)(a). On the contrary, when in *Central Western Railway* (1990), Dickson C.J. was confronted with his decision in *AGT* (1989), he did not distinguish *AGT* as a communications case whereas *Central Western Railway* was a transportation case. Acknowledging that different technologies are involved, he distinguished the cases on the basis of the nature of the service — intraprovincial or interprovincial — being provided to “its clients”. He wrote:

The linchpin in the *A.G.T. v. C.R.T.C.* decision was this Court's finding that A.G.T., by virtue of its role in Telecom Canada and its bilateral contracts with other telephone companies, was able to provide its clients with an interprovincial and, indeed, international telecommunications service. In contrast, the appellant Central Western does not (through bilateral arrangements or otherwise) provide an interprovincial service to its clients: it simply moves grain within central Alberta. [Emphasis added; p. 1135.]

[103] In support of his contrary view, Rothstein J. states, at para. 65, that “the starting point in the transportation context differs from that in the communications context”, citing two passages from Dickson C.J. in *Central Western Railway* in support of his proposition. That case concerned a rail line which had formerly been owned by CN Rail but had been leased and then sold to an independent company. The rail line operated solely within

[101] Si AGT est assujettie à la réglementation fédérale parce qu'elle fournit des *services* interprovinciaux et internationaux, lesquels ne peuvent être exécutés qu'en s'appuyant sur les arrangements contractuels intervenus avec d'autres fournisseurs d'installations, Fastfrate devrait l'être aussi, plus particulièrement parce que ses installations (contrairement à celles de AGT) participent au ramassage et à la livraison.

C. *L'arrêt Central Western Railway*

[102] Le juge Rothstein répond que la technologie en matière de communications est différente de celle en matière de transport et il a raison, mais cela n'entraîne pas l'application d'un critère juridique différent dans le contexte de l'al. 92(10)a). Au contraire, lorsque le juge en chef Dickson a été confronté dans *Central Western Railway* (1990) à sa décision dans *AGT* (1989), il n'a pas fait de distinction parce que dans *AGT* il s'agissait d'une affaire en matière de communications alors que *Central Western Railway* concernait une affaire en matière de transport. Reconnaisant que des technologies différentes sont en jeu, il a établi une distinction entre ces arrêts en fonction de la nature du service — intraprovincial ou interprovincial — fourni « [aux] clients ». Il a écrit ce qui suit :

En effet, l'arrêt *A.G.T. c. C.R.T.C.* repose essentiellement sur la conclusion de notre Cour que A.G.T., grâce à son rôle dans Telecom Canada et à ses contrats bilatéraux avec d'autres compagnies de téléphone, était en mesure d'offrir à ses clients un service interprovincial, voire international, de télécommunications. L'appelante Central Western, par contre, ne fournit pas un service interprovincial à ses clients (que ce soit par des accords bilatéraux ou de quelque autre manière). Elle ne fait que transporter le grain dans l'Alberta central. [Je souligne; p. 1135.]

[103] À l'appui de son opinion contraire, le juge Rothstein affirme, au par. 65, que « le point de départ dans le contexte du transport diffère de celui du contexte des communications », citant deux extraits du juge en chef Dickson dans *Central Western Railway* à l'appui de sa proposition. Cette affaire portait sur un chemin de fer qui avait déjà appartenu au CN mais qui avait été loué puis vendu à une entreprise indépendante. Le chemin de fer

the province of Alberta. The Court held that “[t]he crucial determination is not simply whether there has been a change of corporate control, but whether the work in question can properly be described, with regard to its nature of operations, as being interprovincial” (p. 1131).

[104] For convenience, I reproduce the two passages from *Central Western Railway* with the words excerpted by Rothstein J. underlined. The first passage appears in the judgment of Dickson C.J., at p. 1144:

While the general approach to jurisdictional questions adopted in the *Northern Telecom* cases is critical to the disposition of this appeal, it must not be forgotten that the nature of telecommunication systems is quite different from the railway business.

In my view, Dickson C.J.’s observation that the general approach adopted in the [communications] cases “is critical to the disposition of this [transportation] appeal” is of greater interest than the underlined observation that the technologies differ. Dickson C.J. continued:

It is worthwhile, therefore, to consider other cases which deal with the same division of powers issues under s. 92(10)(a), but with respect to different industries. In doing so, it will become apparent that the application of the *Northern Telecom* approach is consistent with jurisdictional rulings made in other cases. [pp. 1144-45]

In my view, with respect, far from saying that the legal focus is different in transportation and communication cases, Dickson C.J. is emphasizing that the focus is the same. The technology may differ from one industry to the other, the Chief Justice acknowledges, but the test set out in the context of a communications undertaking in *Northern Telecom* is “consistent with jurisdictional rulings made in other cases” and is therefore applicable to the transportation undertaking in *Central Western Railway* (p. 1145).

n’était exploité que dans la province de l’Alberta. La Cour a conclu que « [c]e qui est crucial, ce n’est pas simplement de déterminer si une autre personne morale en a acquis le contrôle, mais bien de se demander si l’ouvrage en question peut à bon droit être qualifié d’interprovincial, compte tenu de la nature de ses opérations » (p. 1131).

[104] Par souci de commodité je reproduis les deux passages de *Central Western Railway* en soulignant les mots cités par le juge Rothstein. Le premier passage figure dans les motifs du juge en chef Dickson, p. 1144 :

Bien que la façon générale d’aborder les questions de compétence adoptée dans les arrêts *Northern Telecom* soit cruciale aux fins de trancher le présent pourvoi, il ne faut pas oublier que de par leur nature les systèmes de télécommunications diffèrent nettement des chemins de fer.

À mon avis, l’observation du juge en chef Dickson selon laquelle la façon générale d’aborder les affaires de [communications] « [est] cruciale aux fins de trancher le présent pourvoi [en matière de transport] » est plus intéressante que l’observation soulignée selon laquelle les technologies diffèrent. Le juge en chef Dickson a ajouté :

D’où l’utilité de considérer d’autres arrêts portant sur les mêmes questions concernant le partage des pouvoirs soulevées dans le contexte de l’al. 92(10)a), mais à l’égard d’industries différentes. Cela nous permettra de constater que l’application de la méthode suivie dans les arrêts *Northern Telecom* s’accorde avec les décisions en matière de compétence rendues dans d’autres affaires. [p. 1144-1145]

Avec égards pour l’opinion contraire, j’estime que, loin de dire que l’approche d’un point de vue juridique est différente dans les affaires en matière de transport et en matière de communications, le juge en chef Dickson souligne que l’approche est la même. La technologie peut varier d’un secteur à l’autre, comme le reconnaît le Juge en chef, mais le critère énoncé dans le contexte d’une entreprise de communications dans *Northern Telecom* « s’accorde avec les décisions en matière de compétence rendues dans d’autres affaires » et est donc applicable à l’entreprise de transport dans *Central Western Railway* (p. 1145).

[105] My colleague also quotes the passage from Dickson C.J., at pp. 1145-46 of the *Central Western Railway* decision:

Central Western is physically contained within the province of Alberta, much like the pipeline in *National Energy Board (Re)*. In both instances, spatial boundaries limit the range of the business' operations, something which can less easily be said with regard to broadcasting systems, where territorial boundaries are not extremely critical to the nature of the enterprise.

With respect, I read this passage as simply elaborating the view that “different industries” have different technologies, as referred to in the first quoted passage. Nowhere does Dickson C.J. say the test is anything other than the scope of the service — within the province or extending beyond the province — provided by the undertaking whose labour relations are at issue.

[106] Accordingly, unless we are to reverse *AGT* and *Central Western Railway* on the fundamental test, it seems to me the Court has already decided that an undertaking that offers an interprovincial service is no less an interprovincial undertaking because part of the performance of its undertaking is contracted out to unaffiliated service providers.

D. *Communications Cases Were Relied on in the Transportation Cases and Vice Versa*

[107] The reasoning of the then Chief Justice in *AGT* drew on a pair of earlier Supreme Court decisions in *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141, and *Dionne*, both of which challenged the right of the CRTC to regulate cable television companies whose physical works and customers were situate *entirely* within a single province. The cable distributors in both cases picked up signals that emanated from other provinces and/or the United States. In both cases, this Court concluded

[105] Mon collègue cite également le passage suivant des motifs du juge en chef Dickson, aux pp. 1145-1146, dans l'arrêt *Central Western Railway* :

Le chemin de fer Central Western est situé dans les limites de la province d'Alberta, tout comme le pipeline dont il s'agit dans l'arrêt *Office national de l'énergie (Re)*. Dans l'un et l'autre cas, l'exploitation de l'entreprise se fait à l'intérieur de certaines limites géographiques, ce qui est moins facilement soutenable à l'égard de réseaux de radiodiffusion, pour lesquels les frontières territoriales ne sont pas vraiment déterminantes quant à la nature de l'entreprise.

Selon moi, soit dit en tout respect, ce passage explique simplement le point de vue selon lequel les « industries différentes » ont des technologies différentes, comme cela est indiqué dans le premier passage cité. Le juge en chef Dickson n'affirme nulle part que le critère n'est autre chose que la portée du service — dans la province ou au-delà des limites de la province — fourni par l'entreprise dont les relations de travail sont en cause.

[106] Par conséquent, à moins que nous devions infirmer les arrêts *AGT* et *Central Western Railway* relativement au critère fondamental, il me semble que la Cour a déjà déterminé qu'une entreprise qui offre un service interprovincial ne constitue pas moins une entreprise interprovinciale du fait qu'une partie de la prestation de ses services est donnée en sous-traitance à des fournisseurs de services indépendants.

D. *Les décisions en matière de communications appuient celles en matière de transport et vice versa*

[107] Dans *AGT*, le Juge en chef de l'époque s'est appuyé sur deux arrêts antérieurs de la Cour suprême dans *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, et *Dionne*, où l'on avait contesté le droit du CRTC de réglementer les compagnies de câblodistribution dont les travaux et les clients étaient situés *entièrement* à l'intérieur d'une seule province. Dans ces deux affaires, les câblodistributeurs captaient des signaux provenant d'autres provinces, des États-Unis, ou les deux. Dans les deux

that the cable undertaking was interprovincial and thus under federal jurisdiction. In *Dionne*, Laskin C.J. stated:

The fundamental question is not whether the service involved in cable distribution is limited to intra-provincial subscribers or that it is operated by a local concern but rather what the service consists of. This is the very question that was faced by the Privy Council in the *Radio case*, *supra*, (in a different context, it is true) and which was also before that body in *Attorney General of Ontario v. Winner*. [Emphasis added; p. 197.]

Winner, of course, dealt with an interprovincial bus carrier. Laskin C.J. perceived no need to make any distinction between the legal test for transportation and communication undertakings as is urged in this case by my colleague Rothstein J. In fact, Laskin C.J. continued:

In all these cases, the inquiry must be as to the service that is provided and not simply as to the means through which it is carried on. [Emphasis added; p. 197.]

Justice Rothstein's proposed test, in my view, stands Laskin C.J.'s proposition on its head by focussing on the means through which the undertaking is carried on rather than on the interprovincial service it provides to its customers.

E. *The Ejusdem Generis Principle*

[108] As my colleague notes, the words "other Works and Undertakings" are to be read as being of the same type as the transportation (such as railways) and communication (such as telegraph) works and undertakings referred to. The genus thus includes both transportation and communications. No one on this appeal contended that undertakings *not* engaged in interprovincial transportation and communications are included. Thus s. 92(10)(a) is of limited application and as interpreted it does not threaten the appropriate equilibrium between federal and provincial authority.

cas, notre Cour a conclu que l'entreprise de câblo-distribution était interprovinciale et relevait donc de la compétence fédérale. Dans *Dionne*, le juge en chef Laskin a déclaré ce qui suit :

La question fondamentale n'est pas de savoir si le service de câblodistribution se limite aux abonnés de la province ou s'il est exploité par une entreprise locale, mais plutôt en quoi consiste ce service. C'est exactement la question que devait résoudre le Conseil privé dans l'affaire de la *Radiocommunication*, précitée, (dans un contexte différent, il est vrai) et également dans *Le Procureur général de l'Ontario c. Winner*. [Je souligne; p. 197.]

Winner, bien entendu, portait sur un service d'auto-car interprovincial. Le juge en chef Laskin n'a pas ressenti le besoin d'établir une distinction entre le critère juridique applicable aux entreprises de transport et celui applicable aux entreprises de communication comme le recommande en l'espèce mon collègue le juge Rothstein. En fait, le Juge en chef a ajouté ce qui suit :

Dans tous ces cas, il faut rechercher quel est le service fourni et pas simplement quels sont les moyens utilisés. [Je souligne; p. 197.]

Le juge Rothstein a proposé, à mon avis, un critère inverse à celui énoncé par le juge en chef Laskin en mettant l'accent sur les moyens par lesquels l'entreprise est exploitée plutôt que sur le service interprovincial qu'elle offre à ses clients.

E. *La règle ejusdem generis*

[108] Comme mon collègue le fait remarquer, l'expression « autres travaux et entreprises » doit être interprétée comme étant du même genre que les travaux et entreprises de transport (comme les chemins de fer) et de communications (comme les télégraphes) dont il est question. La catégorie inclut donc le transport et les communications. Dans le présent pourvoi, nul n'a soutenu que les entreprises qui *n'exercent pas* leurs activités dans le secteur interprovincial du transport et des communications sont incluses. Par conséquent, l'al. 92(10)(a) n'a qu'une application restreinte et, tel qu'il est interprété, il ne menace pas l'équilibre approprié entre les pouvoirs fédéral et provincial.

[109] As to what constitutes an interprovincial or international undertaking in transportation or communications, the *ejusdem generis* interpretive principle provides no help, in my opinion.

F. *Reliance on Prior Lower Court Decisions*

[110] I would characterize the prior lower court jurisprudence in the freight pickup and delivery cases as a mixed bag.

[111] Rothstein J. cites *Re The Queen and Cottrell Forwarding Co.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 674, a 1981 decision of the Ontario Divisional Court which was taken neither to this Court nor to the Ontario Court of Appeal. In that case, Steele J.'s passing reference (at p. 676) to Cottrell's Western Canada operations as "similar to those in Ontario" prompted the majority in the Court of Appeal in this case to say that "[a] reference to something being 'similar' is not revealing, and certainly does not clarify how integrated the system might be when viewed overall from the perspective of management, interdependency, unifying characteristics and so on" (para. 66). In other words, the report of the *Cottrell* case, unlike the decision of the Alberta Board in this case, lacked the necessary factual foundation to characterize the service offered by Cottrell as an interprovincial undertaking. If in fact Cottrell's undertaking was the same as Fastfrate's then, with respect, I think the decision of the Ontario Divisional Court was wrong.

[112] As to my colleague's reliance on *In re Cannet Freight Cartage Ltd.*, [1976] 1 F.C. 174 (C.A.), the facts are easily distinguishable. All of Cannet's operations occurred in Ontario. As Rothstein J. notes, at para. 55, Cannet was a company related to Cottrell. Cottrell solicited freight from customers in the Toronto area for forwarding to Western Canada and contracted with the Canadian National Railway Company for shipment of the freight.

[109] Quant à savoir ce qui constitue une entreprise interprovinciale ou internationale en matière de transport ou de communications, la règle d'interprétation *ejusdem generis* n'est, à mon avis, d'aucune aide.

F. *L'utilisation des décisions des tribunaux inférieurs*

[110] Je qualifierais de salmigondis la jurisprudence des tribunaux inférieurs en matière de ramassage et de livraison de marchandises.

[111] Le juge Rothstein cite *Re The Queen and Cottrell Forwarding Co.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 674, une décision de la Cour divisionnaire de l'Ontario qui remonte à 1981 et qui n'a pas été portée en appel devant notre Cour ni devant la Cour d'appel de l'Ontario. Dans cette affaire, le juge Steele ayant dit en passant (p. 676) que les opérations de Cottrell dans l'Ouest du Canada étaient [TRADUCTION] « semblables à celles effectuées en Ontario », les juges majoritaires de la Cour d'appel en l'espèce ont souligné que [TRADUCTION] « [l]e qualificatif "semblable" n'est pas révélateur et n'explique certainement pas à quel point le système peut être intégré quand on le considère dans son ensemble sur le plan de la gestion, de l'interdépendance, des caractéristiques unificatrices, et ainsi de suite » (par. 66). En d'autres termes, l'exposé de l'affaire *Cottrell*, contrairement à la décision de la Commission en l'espèce, n'offrait pas l'assise factuelle nécessaire pour pouvoir considérer le service offert par Cottrell comme une entreprise interprovinciale. Si, dans les faits, l'entreprise de Cottrell était la même que celle de Fastfrate, j'estime avec égards que la décision de la Cour divisionnaire de l'Ontario était erronée.

[112] Mon collègue s'appuie sur l'arrêt *In re Cannet Freight Cartage Ltd.*, [1976] 1 C.F. 174 (C.A.), mais les faits se distinguent facilement. Toutes les opérations de Cannet étaient effectuées en Ontario. Comme le fait remarquer le juge Rothstein au par. 55, Cannet était une entreprise liée à Cottrell. Cottrell sollicitait de clients de la région de Toronto les marchandises devant être envoyées vers l'Ouest du Canada et concluait

Cannet's role was limited to picking up the freight from customers (primarily in the Toronto area but never outside of Ontario) and loading the goods onto CN rail cars. Cannet had no further involvement with the shipment or delivery of the freight. Given that Cannet's operations were entirely contained within the province of Ontario, the decision in *Cannet* has little bearing on the present case.

[113] Dickson C.J. cited with approval *Cannet* (but not *Cottrell*) in *Central Western Railway* for the proposition that "a shipper on that railway from one province to another does not, by virtue of being such a shipper, become the operator of an inter-provincial undertaking" (p. 1146, citing *Cannet*, at p. 178). This is an uncontentious starting point, but is not determinative of the issue in this case. Fastfrate's undertaking is *much more* than that of a mere shipper. It undertakes to collect freight from a consignor in one province and deliver it to the consignee in another.

[114] Reference is also made by my colleague to the decision of the Canada Labour Relations Board ("CLRB") in *D.H.L. International Express Ltd.* (1994), 96 di 106. That case concerned an "express pick-up and delivery courier service" utilizing a network of 14 offices across Canada — 8 of which it owned and 6 of which were franchised. Items in Calgary were picked up by DHL employees and returned to its local office where they were sorted by destination. Goods being delivered out of the province were then driven to the airport where they were loaded on a commercial or charter airplane and delivered to their destination. At the receiving end, the goods were recovered by DHL employees and delivered. All of this was co-ordinated through the DHL's head office in Mississauga. Over 90 percent of DHL's deliveries handled by the Calgary office were interprovincial or international.

des contrats avec la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada pour leur acheminement. Cannet n'avait qu'à ramasser ces marchandises chez les clients (principalement dans la région de Toronto, mais jamais à l'extérieur de l'Ontario) et à charger les marchandises dans les wagons fournis par le CN. Cannet ne participait d'aucune autre façon à l'expédition ou à la livraison des marchandises. Comme les opérations de Cannet se déroulaient entièrement dans la province d'Ontario, l'arrêt *Cannet* a peu d'incidence en l'espèce.

[113] Dans *Central Western Railway*, le juge en chef Dickson a cité et approuvé *Cannet* (mais non *Cottrell*) à l'appui de la proposition selon laquelle « l'expéditeur utilisant le chemin de fer pour le transport de marchandises d'une province à une autre ne devient pas, de ce fait, l'exploitant d'une entreprise interprovinciale » (p. 1146, citant *Cannet*, p. 178). C'est un point de départ incontesté mais qui n'est pas déterminant quant à la question en l'espèce. Fastfrate est *bien plus* qu'un simple expéditeur. Elle s'engage à ramasser des marchandises dans une province pour les livrer au destinataire dans une autre province.

[114] Mon collègue a aussi renvoyé à la décision du Conseil canadien des relations du travail (« CCRT ») dans *Transport Rapide International DHL Ltée* (1994), 96 di 106. Cette affaire portait sur « un service de cueillette et de livraison rapide d'envois » qui avait recours à 14 bureaux au Canada — dont 8 appartenaient à l'employeur et 6 étaient exploités par des franchises. Les articles à Calgary étaient ramassés par les employés de DHL et retournés à son bureau local où ils étaient triés selon la destination. Les articles expédiés à l'extérieur de la province étaient ensuite emportés à l'aéroport où ils étaient chargés à bord d'un avion commercial ou d'un avion nolisé et envoyés à destination. Au lieu de destination, les marchandises étaient récupérées par les employés de DHL qui en faisaient la livraison. Le bureau principal de DHL à Mississauga coordonnait le tout. Plus de 90 pour 100 des livraisons de DHL traitées au bureau de Calgary étaient interprovinciales ou internationales.

[115] The CLRB found that DHL was engaged in an interprovincial and international goods and document delivery service that was part of one indivisible core federal undertaking. Noting that DHL did not actually transport freight across provincial boundaries, relying instead on contracted airlines, the CLRB held that this did not exclude federal jurisdiction. This outcome, of course, is quite consistent with *AGT*.

G. Application to the Fastfrate Facts

[116] It is evident that Fastfrate operates as a single enterprise, subject to common management, control and direction. There is, of course, some managerial discretion at the local level, but the facts set out by the Alberta Board show that the “single enterprise” element is met. Not only that, but as was said of *AGT*, one could not separate the local from the interprovincial without gutting Fastfrate’s enterprise as it presently exists. Of course, central management is not determinative of the issue, but it is a factor that may be considered in characterizing the undertaking.

[117] Although Fastfrate attempted to characterize its provincial terminals as relatively independent and self-contained, the fact is that a Fastfrate terminal at the point of a shipment’s origin has to be functionally integrated with the operation of the Fastfrate terminal at the point of delivery in order to perform its pickup and delivery service. This is not the case of a company that is simply present in each province with a stand-alone operation — like a chain of clothing stores. On the contrary, each Fastfrate terminal is dependent on its sister terminals; the service offered depends on functional integration in the performance of Fastfrate’s contractual interprovincial undertaking to its customers.

[118] What Fastfrate does — the service it provides, its “undertaking” — is to move freight from the hands of a customer in one part of the country

[115] Le CCRT a conclu que DHL fournissait, dans le cadre d’une entreprise fédérale principale indivisible, un service interprovincial et international de livraison de marchandises et de documents. En signalant que DHL n’effectuait pas, dans les faits, le transport des marchandises entre les provinces, s’en remettant plutôt aux compagnies aériennes engagées, le CCRT a conclu que cela n’excluait pas la compétence fédérale. Bien entendu, cette décision est tout à fait conforme à l’arrêt *AGT*.

G. Application aux faits de Fastfrate

[116] Il est évident que Fastfrate est exploitée à titre d’entreprise unique et qu’elle est soumise à une gestion, à une direction et à un contrôle communs. Bien entendu, il existe un certain pouvoir discrétionnaire de gestion au niveau local, mais les faits exposés par la Commission montrent que la condition d’« entreprise unique » est respectée. Par surcroît, comme il a été dit dans *AGT*, on ne pourrait séparer le service local du service interprovincial sans dénaturer l’entreprise qu’est Fastfrate dans son état actuel. Bien entendu, la gestion centralisée n’est pas le facteur déterminant de la question, mais elle peut être prise en compte pour qualifier l’entreprise.

[117] Bien que Fastfrate ait tenté de qualifier ses terminaux provinciaux de terminaux relativement indépendants et autonomes, le fait demeure qu’un terminal de Fastfrate qui se trouve au point d’origine de l’envoi doit être fonctionnellement intégré aux activités du terminal au point de destination afin d’assurer le service de ramassage et de livraison. Il ne s’agit pas ici d’une entreprise qui se trouve simplement présente dans chacune des provinces avec une exploitation indépendante — comme une chaîne de magasins de vêtements. Au contraire, chaque terminal de Fastfrate dépend des terminaux apparentés; le service offert dépend de l’intégration fonctionnelle dans le respect de l’engagement contractuel interprovincial de Fastfrate envers ses clients.

[118] Ce que Fastfrate fait — le service qu’elle offre, son « entreprise » — consiste à prendre les marchandises d’un client dans une partie du

to the hands of a customer in another part of the country. Based on the facts found by the Alberta Board, I agree with its conclusion that Fastfrate's labour relations are subject to federal regulation.

IV. Conclusion

[119] I would dismiss the appeal.

Appeal allowed with costs, McLACHLIN C.J. and BINNIE and FISH JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: McLennan Ross, Calgary.

Solicitors for the respondent the Western Canada Council of Teamsters: McGown, Johnson, Calgary.

Solicitor for the respondent the Alberta Labour Relations Board: Alberta Labour Relations Board, Edmonton.

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, Sainte-Foy.

pays et à les emporter à un client dans une autre partie du pays. Compte tenu des faits établis par la Commission, je souscris à sa conclusion que les relations de travail de Fastfrate sont assujetties à la réglementation fédérale.

IV. Conclusion

[119] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli avec dépens, la juge en chef McLACHLIN et les juges BINNIE et FISH sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : McLennan Ross, Calgary.

Procureurs de l'intimé Western Canada Council of Teamsters : McGown, Johnson, Calgary.

Procureur de l'intimée Alberta Labour Relations Board : Alberta Labour Relations Board, Edmonton.

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

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

Gaétan Plourde *Appellant*

v.

Wal-Mart Canada Corporation *Respondent*

and

Commission des relations du travail, Alliance of Manufacturers & Exporters Canada, also known as Canadian Manufacturers & Exporters, Fédération des travailleurs du Québec (FTQ), Coalition of BC Businesses, Canadian Chamber of Commerce, Canadian Civil Liberties Association, Conseil du patronat du Québec and Canadian Labour Congress *Interveners*

INDEXED AS: PLOURDE v. WAL-MART CANADA CORP.

Neutral citation: 2009 SCC 54.

File No.: 32342.

2009: January 21; 2009: November 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour relations — Dismissal — Business closure — Remedies — Union certified to represent employees — Negotiations to conclude first collective agreement with employer unsuccessful — Employer announcing closure of business — Complaint by employee that loss of employment was due to union activities — Whether employees of closed business can bring their claim under ss. 15 to 17 of Quebec Labour Code and benefit from statutory presumption in s. 17 that they were dismissed because they exercised their collective bargaining rights — Whether definitive business closure still “good and sufficient reason” within meaning of s. 17 to justify dismissal — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 15 to 17.

Gaétan Plourde *Appelant*

c.

Compagnie Wal-Mart du Canada *Intimée*

et

Commission des relations du travail, Alliance des manufacturiers et exportateurs du Canada, aussi connue sous le nom de Manufacturiers et exportateurs du Canada, Fédération des travailleurs du Québec (FTQ), Coalition of BC Businesses, Chambre de commerce du Canada, Association canadienne des libertés civiles, Conseil du patronat du Québec et Congrès du travail du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : PLOURDE c. COMPAGNIE WAL-MART DU CANADA

Référence neutre : 2009 CSC 54.

N° du greffe : 32342.

2009 : 21 janvier; 2009 : 27 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Relations du travail — Congédiement — Fermeture d'entreprise — Recours — Syndicat accrédité pour représenter les salariés — Échec des négociations en vue de conclure la première convention collective avec l'employeur — Fermeture de l'entreprise annoncée par l'employeur — Plainte d'un salarié portant qu'il a perdu son emploi en raison de ses activités syndicales — Les salariés d'une entreprise fermée par l'employeur peuvent-ils fonder leur plainte sur les art. 15 à 17 du Code du travail du Québec et bénéficier de la présomption de l'art. 17 selon laquelle ils ont été congédiés pour avoir exercé leur droit de négocier collectivement? — La fermeture définitive de l'entreprise constitue-t-elle toujours une « cause juste et suffisante » de congédiement au sens de l'art. 17? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 15 à 17.

In August 2004, the union to which P belongs was certified to represent the employees of Wal-Mart in Jonquière. The Jonquière store was the first Wal-Mart store to be unionized in North America. After several fruitless bargaining sessions, the union filed an application under the Quebec *Labour Code* to establish the provisions of a first collective agreement. On February 9, 2005, the Minister of Labour referred the dispute to arbitration and notified the parties of the referral. That same day, Wal-Mart informed the employees of its decision to close the store. On April 29, 2005, P's employment, along with that of approximately 190 other employees, was terminated. Many proceedings were initiated by the Wal-Mart employees or their union arising out of the store's closure, which was presented by the union merely as a step taken by Wal-Mart in a larger employer strategy of hindrance, intimidation and union busting. In this case, P filed a complaint under ss. 15 to 17 of the Code and claimed to have lost his employment because of his union activities. He sought an order that he be reinstated in his job.

The Commission des relations du travail ("CRT") held that P could rely on the presumption under s. 17, since he had engaged in numerous significant union activities that were concomitant with the termination of his employment. However, the CRT found that Wal-Mart had shown the store's closure to be genuine and permanent and that in itself, according to a long line of cases from *City Buick* onwards, is "good and sufficient reason" within the meaning of s. 17 to justify the dismissal. The Superior Court dismissed P's application for judicial review and held that the CRT was correct in not requiring Wal-Mart to prove its reasons for closing the store. The Court of Appeal dismissed P's motion for leave to appeal. All tribunals rejected P's argument that the traditional case law should be disregarded in favour of the freedom of association.

Held (LeBel, Abella and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ.: The question raised by this appeal is not whether employees have a remedy against an employer who closes a workplace for anti-union motives (they do have such a remedy under ss. 12 to 14 of the Code) but whether employees of a closed business can bring their claim within ss. 15 to 17 so as to obtain the considerable advantage of a statutory presumption that they lost their jobs because they exercised their collective bargaining rights. Under ss. 15 to 17, the question before the tribunal relates to the reasons for the employees' loss of jobs whereas the question that can

En août 2004, le syndicat dont P fait partie est accrédité pour représenter les salariés de Wal-Mart à Jonquière. Le magasin de Jonquière est le premier magasin Wal-Mart à se syndiquer en Amérique du Nord. Après plusieurs séances de négociation infructueuses, le syndicat demande, en vertu du *Code du travail* du Québec, que soient fixées les dispositions d'une première convention collective. Le 9 février 2005, le ministre du Travail renvoie le différend à l'arbitrage et en avise les parties. Le même jour, Wal-Mart annonce aux salariés sa décision de fermer le magasin. Ainsi, le 29 avril 2005, l'emploi de P et celui de quelque 190 autres salariés prend fin. Les employés de Wal-Mart ou leur syndicat intentent de nombreux recours à la suite de la fermeture du magasin qui, selon le syndicat, fait partie d'une stratégie plus vaste d'obstruction, d'intimidation et d'opposition au syndicat de la part de Wal-Mart. Dans le présent dossier, P dépose une plainte en vertu des art. 15 à 17 du Code et soutient avoir perdu son emploi en raison de ses activités syndicales. Il demande à être réintégré dans son emploi.

La Commission des relations du travail (« CRT ») est d'avis que P peut bénéficier de la présomption de l'art. 17, puisqu'il a exercé de nombreuses et importantes activités syndicales en concomitance avec la terminaison de son emploi. Cependant, la CRT estime que Wal-Mart a démontré que la fermeture du magasin est réelle et définitive, ce qui, suivant une longue série de décisions débutant par *City Buick*, constitue une « cause juste et suffisante » de congédiement au sens de l'art. 17. La Cour supérieure rejette la demande de contrôle judiciaire présentée par P et conclut que la CRT a eu raison de ne pas exiger que Wal-Mart fasse la preuve des motifs de la fermeture du magasin. La Cour d'appel n'autorise pas P à se pourvoir devant elle. Aucun tribunal ne retient la prétention de P qu'il faut s'écarter de la jurisprudence traditionnelle au nom de la liberté d'association.

Arrêt (les juges LeBel, Abella et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein : Il ne s'agit pas en l'espèce de savoir si les salariés disposent d'un recours contre un employeur qui ferme un établissement pour des raisons antisyndicales (un tel recours est possible en vertu des art. 12 à 14 du Code), mais de savoir si les employés d'un établissement ayant fermé ses portes peuvent fonder leur demande sur les art. 15 à 17 afin de bénéficier de l'important avantage qu'offre la présomption légale selon laquelle ils ont perdu leur emploi à cause de l'exercice de leur droit de négocier collectivement. Dans le contexte des art. 15 à 17, le

be put in play under ss. 12 to 14 is the broader issue of why the plant was closed at all, and specifically was it closed as part of an anti-union strategy. A finding of an unfair labour practice under ss. 12 to 14 opens up broader redress under the general remedial provisions provided by ss. 118 and 119 of the Code for the benefit of all employees who suffered as a result of the wrongful store closure, including those who were not involved in union activity, and even for those who opposed the union. [11-12]

This Court in *Place des Arts* endorsed the view that no legislation in Quebec obliges an employer to remain in business and that an employer can close a plant for “socially reprehensible considerations”. While the effect of *Place des Arts* is to exclude in a workplace closure situation the application of s. 17, that case does not stand for the more sweeping proposition that closure immunizes an employer from any financial consequences for associated unfair labour practices. Nor does it preclude a finding that the closure itself constitutes an unfair labour practice aimed at hindering the union or the employees from exercising rights under the Code. It is open to a union or employees to bring evidence of anti-union conduct to establish an unfair labour practice under ss. 12 to 14 of the Code. [8] [10] [54]

In the result, the procedural vehicle offered by ss. 15 to 17 of the *Labour Code* is not available to an employee in circumstances where a workplace no longer exists. The s. 15 reinstatement remedy presupposes the existence of a place to which reinstatement is possible. The *City Buick* doctrine that a definitive workplace closure constitutes “good and sufficient reason” for the purposes of s. 17 has been followed consistently and was not overruled by the legislature when extensive amendments were made to the Code in 2001. The reference in s. 15 to an order to “reinstatement such employee in his employment” signals unambiguously the legislative contemplation of an ongoing place of employment as the foundation of a successful s. 15 application. This limited role for s. 15 is consistent with the text and purpose of ss. 15 to 17. [4] [13] [35-36] [47] [50]

Section 15 provides a summary remedy backed by a presumption against the employer. The legislature has specified in s. 15 the remedies available for its breach. Adding the generality of ss. 118 and 119 remedies to

tribunal doit se prononcer sur les raisons du congédiement, alors que l'application des art. 12 à 14 peut mettre en cause la question plus large du pourquoi de la fermeture et, plus précisément, celle de savoir si la fermeture découle d'une stratégie antisyndicale. Une conclusion de pratique déloyale de travail interdite par les art. 12 à 14 donne ouverture à des mesures d'une portée plus large fondées sur les dispositions réparatrices générales des art. 118 et 119 du Code, dont tous les salariés lésés par la fermeture illicite du magasin peuvent bénéficier, y compris ceux qui n'ont pas participé à des activités syndicales ou qui se sont même opposés à la syndicalisation. [11-12]

Notre Cour, dans *Place des Arts*, a reconnu qu'aucune loi québécoise n'oblige un employeur à poursuivre ses activités et qu'un employeur peut fermer un établissement pour des « motifs condamnables socialement ». Si *Place des Arts* a pour effet d'exclure l'application de l'art. 17 lorsqu'un employeur ferme son entreprise, cet arrêt ne pose pas le principe plus large selon lequel la fermeture met l'employeur à l'abri des conséquences financières des pratiques déloyales connexes. Cette décision n'empêche pas non plus de conclure que la fermeture elle-même constitue une pratique déloyale de travail visant à entraver les activités du syndicat ou à empêcher les salariés d'exercer les droits que leur confère le Code. Les syndicats et les salariés peuvent présenter une preuve de comportement antisyndical en vue d'établir le recours à une pratique déloyale de travail interdite par les art. 12 à 14 du Code. [8] [10] [54]

Ainsi, lorsqu'un établissement n'existe plus, le salarié ne peut pas se prévaloir du mécanisme procédural établi par les art. 15 à 17 du *Code du travail*. La réintégration prévue à l'art. 15 présuppose l'existence d'un lieu de travail dans lequel la réintégration est possible. Le principe établi dans *City Buick* selon lequel la fermeture définitive d'un lieu de travail constitue une « cause juste et suffisante » pour l'application de l'art. 17 a été suivi de façon constante et n'a pas été écarté par le législateur lors des importantes modifications au Code en 2001. Le fait que l'art. 15 parle de « réintégrer ce salarié dans son emploi » indique de façon non ambiguë que le législateur considérait l'existence d'un lieu de travail toujours en activité comme une condition préalable au succès d'une plainte fondée sur l'art. 15. Ce rôle restreint de l'art. 15 est compatible avec le texte et l'objet des art. 15 à 17. [4] [13] [35-36] [47] [50]

L'article 15 prévoit une procédure sommaire assortie d'une présomption contre l'employeur. Le législateur énumère à l'art. 15 les réparations possibles en cas de manquement à cette disposition. Ajouter les réparations

a s. 15 violation would give the s. 17 presumption an expanded effect beyond reinstatement and associated relief contemplated in the ss. 15 to 17 group of provisions for an illegal dismissal. Former employees of a closed workplace in search of general remedies would never be obliged to establish anti-union misconduct because its existence would always be presumed in their favour as soon as they established that prior to the closure they had exercised “a right arising from this Code”. This would significantly alter the balance between employers and employees intended by the Quebec legislature. [39]

Nothing in this decision affects the full range of relief available from the CRT under ss. 15 to 19 in situations where the workplace continues in existence. The issue in this appeal is limited to the availability of the s. 17 presumption where the plaintiff seeks relief against what is alleged to be an illegal dismissal in a situation where the workplace has closed. The relief available when ss. 15 to 19 are properly invoked in the context of a lesser sanction has not been put in issue before us and the scope of this judgment is limited accordingly. [40]

This Court’s decision in *Health Services*, which recognized that the freedom of association protected by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* includes a procedural right to collective bargaining, is of no assistance here. Section 3 of the Code guarantees the right of association to workers in Quebec and the legislature has crafted a balance between the rights of labour and the rights of management in a way that respects freedom of association. No argument was raised against the constitutionality of any provisions of the Code and the Constitution does not require that every provision, including s. 17, must be interpreted to favour the union and the employees. [7] [55-56]

Reference was made by the Canadian Labour Congress and other interveners to labour law and practice outside Quebec which they say take a somewhat different approach to this problem. However, in a federal state there is no requirement that provincial regulatory schemes must align themselves. It is apparent that some of the differences in the jurisprudence from province to province are a function of the statutory setting in which they are made. Labour relations practices in some of the other provinces should not dictate the outcome in Quebec, which in relation to the s. 17 presumption has been based for many years on a principle recently endorsed in *Place des Arts*. The CRT’s refusal to extend the s. 15 reinstatement remedy to a closed

générales prévues aux art. 118 et 119 pour un manquement à l’art. 15 aurait pour effet d’étendre la portée de la présomption de l’art. 17 de façon qu’elle ne s’applique plus uniquement à la réintégration et aux réparations connexes prévues aux art. 15 à 17 en cas de congédiement illégal. L’ancien salarié d’un lieu de travail désormais fermé qui voudrait obtenir une réparation générale n’aurait jamais à prouver l’existence d’un comportement antisyndical, celle-ci étant toujours présumée dès qu’il serait établi qu’il a exercé « un droit qui lui résulte du présent code ». Cela bouleverserait sensiblement l’équilibre que le législateur québécois a voulu établir entre employeurs et salariés. [39]

La présente décision ne restreint en rien l’éventail des réparations que la CRT peut accorder en vertu des art. 15 à 19 lorsque le lieu de travail existe toujours. La question soulevée se limite à l’application de la présomption de l’art. 17 lorsqu’un plaignant demande réparation pour son congédiement, qu’il prétend illégal, dans le contexte de la fermeture d’une entreprise. La question des formes de réparation possibles lorsque les art. 15 à 19 sont invoqués à bon droit dans le contexte d’une sanction moindre ne nous a pas été soumise. La portée du présent jugement est donc limitée en conséquence. [40]

La décision de notre Cour dans *Health Services*, qui a reconnu que la liberté d’association garantie par l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* comprend le droit procédural de négocier collectivement, n’est d’aucune utilité en l’espèce. L’article 3 du Code protège le droit d’association des salariés du Québec et le législateur a établi un équilibre entre les droits des salariés et les droits de la direction d’une manière qui respecte la liberté d’association. La constitutionnalité d’aucune disposition du Code n’a été contestée, et la Constitution n’exige pas que chacune des dispositions du Code (y compris l’art. 17) soit interprétée en faveur du syndicat et des salariés. [7] [55-56]

Le Congrès du travail du Canada et d’autres intervenants ont fait mention des lois et des pratiques en matière de relations du travail à l’extérieur du Québec qui, selon eux, abordent le problème de façon passablement différente. Il n’est toutefois pas nécessaire, dans un État fédéral, que les régimes réglementaires des différentes provinces concordent. De toute évidence, c’est en raison de son contexte législatif que la jurisprudence varie sous certains aspects d’une province à l’autre. Les pratiques des autres provinces en matière de relations du travail ne devraient pas déterminer la solution applicable au Québec qui, concernant la présomption de l’art. 17, se fonde depuis de nombreuses années sur un principe approuvé récemment dans *Place des Arts*.

workplace is a reasonable interpretation of its constituent Act and this Court should not interfere with it. [58-59] [61] [63]

Per LeBel, Abella and Cromwell JJ. (dissenting): A dismissal in the case of the closing of a business can be scrutinized for anti-union animus under s. 15 to 19 of the *Labour Code*. To suggest otherwise represents a marked and arbitrary departure from the philosophical underpinnings, objectives and general scope of the *Labour Code*. [69] [76]

The implementation of the remedies under ss. 15 to 19, including the presumption in s. 17, represented one of the most significant reforms in modern labour law. Until 2001, ss. 12 to 14, which protect the union's ability to establish, organize and administer its affairs without employer obstruction, were penal provisions and there was no possibility of a civil remedy such as reinstatement or compensation. Sections 15 to 19 were added to the *Labour Code* 50 years ago to provide access to civil remedies for anti-union conduct by an employer, and to facilitate this access through a presumption levelling the evidentiary playing field between employers and employees. Once the employee shows that he or she is exercising a right under the *Labour Code*, s. 17 creates a legal presumption in his or her favour, shifting the burden to the employer to demonstrate that it had a "good and sufficient reason" to sanction the employee, that is, one that was not motivated by anti-union animus. The presumption under s. 17 is at the procedural core of the legislature's scheme to protect employees from unfair labour practices, and is one of labour law's most vaunted equity tools for redressing the evidentiary advantage held by employers. [68] [84] [90] [122] [124]

As a result, two complementary remedial routes — penal consequences under ss. 12 to 14 and civil ones with the benefit of the presumption under ss. 15 to 19 — became available to allow employees to redress unlawful conduct on the part of the employer and to enforce their associational rights. Until 1981, the case law in Quebec had confirmed that an employer's motives must always be assessed to determine whether anti-union animus is involved in the decision to terminate someone's employment. It is therefore inconsistent with both legislative and judicial history to hold that the most drastic possible employer conduct involving the termination of employment — the closing of a business — is

Le refus de la CRT d'appliquer la réintégration prévue à l'art. 15 lorsque le lieu de travail a cessé ses activités repose sur une interprétation raisonnable de sa loi constitutive, et notre Cour ne devrait pas modifier cette décision. [58-59] [61] [63]

Les juges LeBel, Abella et Cromwell (dissidents) : Un congédiement résultant de la fermeture d'une entreprise peut être examiné sous le régime des art. 15 à 19 du *Code du travail*, pour qu'il soit déterminé s'il est motivé par l'antisyndicalisme. Ce serait un écart marqué et arbitraire par rapport aux fondements philosophiques, aux objectifs et à la portée générale du *Code du travail* que de prétendre le contraire. [69] [76]

La mise en œuvre des recours prévus aux art. 15 à 19, et notamment de la présomption de l'art. 17, est l'une des plus importantes réformes modernes en droit du travail. Jusqu'en 2001, les art. 12 à 14, qui protègent la capacité du syndicat de s'établir, de s'organiser et de fonctionner sans entrave de la part de l'employeur, étaient des dispositions pénales et aucun recours civil, notamment en réintégration ou en indemnisation, n'était possible. Les articles 15 à 19 ont été ajoutés au *Code du travail*, il y a 50 ans, pour permettre l'exercice de recours civils contre le comportement antisyndical d'un employeur et pour les faciliter au moyen d'une présomption qui équilibre les forces des employeurs et des salariés en matière de preuve. Dès que le salarié démontre qu'il exerçait un droit lui résultant du *Code du travail*, l'art. 17 crée une présomption légale en sa faveur, qui inverse le fardeau de la preuve en obligeant l'employeur à démontrer qu'il avait une « autre cause juste et suffisante » d'imposer une sanction à l'employé, c.-à-d. qu'il n'était pas motivé par l'antisyndicalisme. La présomption de l'art. 17 est une composante procédurale essentielle du régime mis en place par le législateur québécois pour protéger les salariés et constitue l'un des mécanismes d'équité les plus vantés en droit du travail pour compenser l'avantage dont bénéficie l'employeur sur le plan de la preuve. [68] [84] [90] [122] [124]

Il est donc devenu possible pour les salariés d'emprunter deux voies de droit complémentaires — le régime pénal établi par les art. 12 à 14 et le régime civil assorti d'une présomption établi par les art. 15 à 19 — pour remédier au comportement illégal de l'employeur et pour exercer leur liberté d'association. Jusqu'en 1981, la jurisprudence québécoise avait confirmé que les motifs de l'employeur doivent toujours être évalués pour déterminer si sa décision de congédier un salarié est entachée d'antisyndicalisme. Il est par conséquent contraire au passé législatif et judiciaire de conclure que le comportement le plus radical possible de l'employeur entraînant la cessation d'emploi — la fermeture d'une

a form of dismissal which is uniquely exempt from scrutiny for anti-union animus. [92] [100-101]

Yet, this was the impact of *City Buick* in 1981, which concluded that a closing is a “good and sufficient reason” which rebuts the presumption under s. 17. The effect of that case has been that under the *Labour Code*, an employer’s conduct has been immunized from scrutiny for anti-union motives when a business has been closed. *City Buick* was a departure from what had been an undisputed approach requiring, in every context, an assessment of the “real and serious reason” for a dismissal, and ignored not only the consistent stream of Quebec jurisprudence on what constitutes a dismissal, but also the consistent jurisprudential confirmation that once an employee has been dismissed and demonstrated that he or she was exercising a right under the *Labour Code*, the burden shifts to the employer to demonstrate that the dismissal was not motivated by anti-union animus. *City Buick*’s dramatic departure from the remedial approach and legislative objectives embodied in the *Labour Code* makes it unsustainable. Closing a business can in fact be the most severe form of reprisal for union activity. Since in all other complaints involving s. 15 the RT scrutinizes the motives of the employer for anti-union animus, it is inconsistent with the intent of the *Labour Code* in general, and with the purpose of s. 15 in particular, to scrutinize only the authenticity of a closing, rather than the reasons behind it. Labour boards across Canada have consistently refused to immunize employers who are inspired to close a business — and dismiss employees — for anti-union motives. Furthermore, they have consistently held that a decision that is tainted by anti-union animus, whether a closing or any other action, is a violation of labour rights. [104] [107-110] [112] [114]

There is no philosophical, jurisprudential, or textual support for the idea that ss. 15 to 19, including the presumption in s. 17, apply only to dismissals in an ongoing workplace. Dismissed employees are entitled to have their dismissals scrutinized for anti-union motives under ss. 15 to 19. There is no reason to deprive them of access to this same remedial scheme, including the wide remedial scope in ss. 118 and 119, when their dismissals result from an employer closing down the entire workplace. Though reinstatement is not a feasible

entreprise — est une forme de congédiement qui a ceci d’unique qu’il échappe à tout examen visant à déterminer s’il est entaché d’antisindicalisme. [92] [100-101]

Et pourtant, c’était précisément l’effet qu’a eu, en 1981, la décision *City Buick*, suivant laquelle une fermeture constitue une « cause juste et suffisante » qui réfute la présomption de l’art. 17. Cette décision a mis le comportement d’un employeur qui ferme son entreprise à l’abri de tout examen effectué en vertu du *Code du travail* afin de déterminer s’il est motivé par l’antisindicalisme. La décision *City Buick* a dérogé à ce qui constituait une approche non contestée exigeant, dans chaque cas, l’examen de la « cause réelle et sérieuse » du congédiement et a fait fi non seulement de la définition jurisprudentielle de la notion de congédiement adoptée uniformément au Québec, mais aussi de la jurisprudence constante confirmant que, dès qu’un salarié démontre qu’il exerçait un droit que lui confère le *Code du travail* au moment où il a été congédié, le fardeau de la preuve est inversé et l’employeur doit prouver que le congédiement n’est pas motivé par l’antisindicalisme. Parce qu’elle s’écarte nettement de l’approche réparatrice et des objectifs législatifs établis dans le *Code du travail*, la décision *City Buick* est inadmissible. Fermer une entreprise peut en fait être la forme de représailles la plus sévère contre des salariés qui participent à des activités syndicales. Puisque, dans tous les autres cas où la CRT examine une plainte mettant en cause l’art. 15, elle vérifie si l’employeur était motivé par l’antisindicalisme, il est incompatible avec l’esprit du *Code du travail*, en général, et avec l’objectif de l’art. 15, en particulier, d’examiner uniquement l’authenticité de la fermeture plutôt que les raisons qui l’ont motivée. Les différentes commissions du travail au pays refusent habituellement de reconnaître une immunité aux employeurs qui veulent fermer leur entreprise — et congédier leurs salariés — pour des raisons antisyndicales. De plus, elles concluent systématiquement qu’une décision entachée d’antisindicalisme porte atteinte aux droits des salariés, qu’il s’agisse de la décision de fermer une entreprise ou d’une autre décision. [104] [107-110] [112] [114]

Il n’existe aucun fondement philosophique, jurisprudenciel ou textuel à l’affirmation que les art. 15 à 19, et notamment la présomption de l’art. 17, ne s’appliquent aux congédiements que lorsqu’une entreprise est toujours en activité. En vertu des art. 15 à 19, les salariés congédiés ont droit à un examen visant à déterminer si leur congédiement était motivé par l’antisindicalisme. Il n’y a aucune raison pour que le droit au même régime de réparation, et notamment aux réparations possibles en application des art. 118 et 119, leur soit refusé

remedy in a closed workplace, it is not the only remedy contemplated by s. 15, it is only the most expansive one possible to fulfill s. 15's objectives. To suggest that ss. 15 to 19, including the remedies available under ss. 118 and 119, are only available to a dismissed employee in the case of an ongoing workplace, contradicts the consistent, historic and unequivocal confirmation that remedial statutes require a broad interpretation consistent with the purposes of the legislation, not a word-by-word parsing that drains the language of its remedial content. The better approach is to interpret the legislative scheme in a way that connects recognized rights to meaningful remedies. [69] [125-126] [137]

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. v. Roy*, [1981] T.T. 22; *I.A.T.S.E., Stage Local 56 v. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 SCC 2, [2004] 1 S.C.R. 43; **distinguished:** *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; **referred to:** *Boutin v. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 225, [2005] D.C.R.T.Q. n° 225 (QL); *Boutin v. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 269, [2005] D.C.R.T.Q. n° 269 (QL); *Pednault v. Compagnie Wal-Mart du Canada*, [2005] J.Q. n° 16222 (QL), aff'd 2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266; *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 v. Ménard*, 2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138; *Lafrance v. Commercial Photo Service Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 536; *Hilton Québec Ltée v. Labour Court*, [1980] 1 S.C.R. 548; *Asselin v. Lord*, D.T.E. 85T-193, SOQUIJ AZ-85147041; *Syndicat des travailleurs en communication, électronique, électricité, techniciens et salariés du Canada (C.T.C. — F.T.Q.) v. Schwartz*, [1986] T.T. 165; *Bourget v. Matériaux B.G.B. ltée*, D.T.E. 95T-1257, SOQUIJ AZ-95147099; *Syndicat des employés de la société chimique Laurentide Inc. v. Lambert*, D.T.E. 85T-523, SOQUIJ AZ-85147077; *Teamsters — Conférence des communications graphiques, section locale 555 M v. Joncas Postexperts inc.*, 2008 QCCRT 249, [2008] D.C.R.T.Q. n° 249 (QL); *Section locale 175 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier (SCEP) v. Petro-Canada*, 2008 QCCRT 246, [2008] D.C.R.T.Q. n° 246 (QL); *Lagacé v. Laporte*, [1983] T.T. 354; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009

lorsque leur congédiement résulte de la décision de l'employeur de fermer complètement le lieu de travail. Bien que la réintégration soit impossible lorsque l'entreprise est fermée, elle n'est pas la seule réparation visée à l'art. 15, mais simplement la réparation la plus large qui permette d'en réaliser les objectifs. Affirmer qu'un salarié congédié peut se prévaloir des art. 15 à 19, et notamment des réparations prévues aux art. 118 et 119, seulement si l'entreprise demeure en activité contredit la confirmation constante, historique et non équivoque que les dispositions réparatrices doivent recevoir une interprétation large, en conformité avec l'objet de la loi, et non être analysées mot à mot de sorte que leur libellé se trouve vidé de son contenu à vocation réparatrice. La meilleure façon de procéder est d'interpréter le régime législatif de façon à associer des réparations valables aux droits reconnus. [69] [125-126] [137]

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts appliqués : *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy*, [1981] T.T. 22; *A.I.E.S.T., local de scène n° 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 CSC 2, [2004] 1 R.C.S. 43; **distinction d'avec l'arrêt :** *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; **arrêts mentionnés :** *Boutin c. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 225, [2005] D.C.R.T.Q. n° 225 (QL); *Boutin c. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 269, [2005] D.C.R.T.Q. n° 269 (QL); *Pednault c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, [2005] J.Q. n° 16222 (QL), conf. par 2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266; *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Ménard*, 2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138; *Lafrance c. Commercial Photo Service Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 536; *Hilton Québec Ltée c. Tribunal du travail*, [1980] 1 R.C.S. 548; *Asselin c. Lord*, D.T.E. 85T-193, SOQUIJ AZ-85147041; *Syndicat des travailleurs en communication, électronique, électricité, techniciens et salariés du Canada (C.T.C. — F.T.Q.) c. Schwartz*, [1986] T.T. 165; *Bourget c. Matériaux B.G.B. ltée*, D.T.E. 95T-1257, SOQUIJ AZ-95147099; *Syndicat des employés de la société chimique Laurentide Inc. c. Lambert*, D.T.E. 85T-523, SOQUIJ AZ-85147077; *Teamsters — Conférence des communications graphiques, section locale 555 M c. Joncas Postexperts inc.*, 2008 QCCRT 249, [2008] D.C.R.T.Q. n° 249 (QL); *Section locale 175 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier (SCEP) c. Petro-Canada*, 2008 QCCRT 246, [2008] D.C.R.T.Q. n° 246 (QL); *Lagacé c. Laporte*, [1983] T.T. 354; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190;

SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Dar v. Manufacturier de bas Iris inc.*, [2000] R.J.D.T. 1632, motion for judicial review dismissed, Sup. Ct. Mtl., No. 500-05-061084-008, January 12, 2001; *Bélanger v. Hydro-Québec*, D.T.E. 86T-86, SOQUIJ AZ-86147016; *Produits Coq d'Or Ltée v. Lévesque*, [1984] T.T. 73; *T.A.S. Communications v. Thériault*, [1985] T.T. 271; *Alltour Marketing Support Services Ltd. v. Perras*, D.T.E. 83T-855, SOQUIJ AZ-83147158; *Maresq et Brown Bovari (Canada) Ltd.*, [1963] R.D.T. 242; *Industrielle (L), Compagnie d'assurance sur la vie v. Nadeau*, [1978] T.T. 175; *Société des Hôtels Méridien Canada Ltée v. Tribunal du travail*, 80 CLLC ¶ 14,026; *Hilton Québec Ltée v. Tribunal du travail*, C.A. Québec, No. 200-09-000312-782, January 16, 1979; *Caya v. 1641-9749 Québec Inc.*, D.T.E. 85T-242, SOQUIJ AZ-85147051; *Bérubé v. Groupe Samson Inc.*, D.T.E. 85T-932, SOQUIJ AZ-85147126; *Ouellette v. Restaurants Scott Québec Ltée*, D.T.E. 88T-546, SOQUIJ AZ-88147062; *Entreprises Bérou inc. v. Arsenault*, [1991] T.T. 312; *Silva v. Centre hospitalier de l'Université de Montréal — Pavillon Notre-Dame*, 2007 QCCA 458, [2007] R.J.D.T. 363; *St-Hilaire v. Sûreté du Québec*, 2003 QCCRT 559, [2003] D.C.R.T.Q. n° 559 (QL); *Jalbert v. Sobeys Québec*, 2007 QCCRT 608, [2007] D.C.R.T.Q. n° 608 (QL); *Arsenault v. C & D Aerospace inc.*, 2006 QCCRT 654, [2006] D.C.R.T.Q. n° 654 (QL); *Crawford Transport Inc. and Teamsters, Local 879* (2006), 146 C.L.R.B.R. (2d) 234; *Pegasus Express Inc. and Teamsters, Local 880* (2006), 140 C.L.R.B.R. (2d) 77; *International Wallcoverings and Canadian Paperworkers Union* (1983), 4 C.L.R.B.R. (N.S.) 289.

By Abella J. (dissenting)

City Buick Pontiac (Montréal) Inc. v. Roy, [1981] T.T. 22; *Pednault v. Compagnie Wal-Mart du Canada*, [2005] J.Q. n° 16222 (QL); *Plourde v. Cie Wal-Mart du Canada*, 2006 QCCRT 159, [2006] D.C.R.T.Q. n° 159 (QL); *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 v. Ménard*, 2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138; *Boutin v. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 269, [2005] D.C.R.T.Q. n° 269 (QL); *Bourgeois v. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2005 QCCRT 502, [2005] D.C.R.T.Q. n° 502 (QL); *Compagnie Wal-Mart du Canada v. Commission des relations de travail*, 2006 QCCS 3784, [2006] J.Q. n° 6894 (QL), aff'd 2008 QCCA 236, [2008] J.Q. n° 673 (QL) (*sub nom. Compagnie Wal-Mart du Canada v. Desbiens*); *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *Côté v. Compagnie F.W. Woolworth*, [1978] R.L. 439; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 194 v.*

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Dar c. Manufacturier de bas Iris inc.*, [2000] R.J.D.T. 1632, requête en révision judiciaire rejetée, C.S. Mtl., n° 500-05-061084-008, 12 janvier 2001; *Bélanger c. Hydro-Québec*, D.T.E. 86T-86, SOQUIJ AZ-86147016; *Produits Coq d'Or Ltée c. Lévesque*, [1984] T.T. 73; *T.A.S. Communications v. Thériault*, [1985] T.T. 271; *Alltour Marketing Support Services Ltd. c. Perras*, D.T.E. 83T-855, SOQUIJ AZ-83147158; *Maresq et Brown Bovari (Canada) Ltd.*, [1963] R.D.T. 242; *Industrielle (L), Compagnie d'assurance sur la vie c. Nadeau*, [1978] T.T. 175; *Société des Hôtels Méridien Canada Ltée c. Tribunal du travail*, 80 CLLC ¶ 14,026; *Hilton Québec Ltée c. Tribunal du travail*, C.A. Québec, n° 200-09-000312-782, 16 janvier 1979; *Caya c. 1641-9749 Québec Inc.*, D.T.E. 85T-242, SOQUIJ AZ-85147051; *Bérubé c. Groupe Samson Inc.*, D.T.E. 85T-932, SOQUIJ AZ-85147126; *Ouellette c. Restaurants Scott Québec Ltée*, D.T.E. 88T-546, SOQUIJ AZ-88147062; *Entreprises Bérou inc. c. Arsenault*, [1991] T.T. 312; *Silva c. Centre hospitalier de l'Université de Montréal — Pavillon Notre-Dame*, 2007 QCCA 458, [2007] R.J.D.T. 363; *St-Hilaire c. Sûreté du Québec*, 2003 QCCRT 559, [2003] D.C.R.T.Q. n° 559 (QL); *Jalbert c. Sobeys Québec*, 2007 QCCRT 608, [2007] D.C.R.T.Q. n° 608 (QL); *Arsenault c. C & D Aerospace inc.*, 2006 QCCRT 654, [2006] D.C.R.T.Q. n° 654 (QL); *Crawford Transport Inc. (Re)*, [2006] D.C.C.R.I. n° 28 (QL); *Pegasus Express Inc. (Re)*, [2006] D.C.C.R.I. n° 22 (QL); *International Wallcoverings and Canadian Paperworkers Union* (1983), 4 C.L.R.B.R. (N.S.) 289.

Citée par la juge Abella (dissidente)

City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy, [1981] T.T. 22; *Pednault c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, [2005] J.Q. n° 16222 (QL); *Plourde c. Cie Wal-Mart du Canada*, 2006 QCCRT 159, [2006] D.C.R.T.Q. n° 159 (QL); *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Ménard*, 2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138; *Boutin c. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 269, [2005] D.C.R.T.Q. n° 269 (QL); *Bourgeois c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2005 QCCRT 502, [2005] D.C.R.T.Q. n° 502 (QL); *Compagnie Wal-Mart du Canada c. Commission des relations de travail*, 2006 QCCS 3784, [2006] J.Q. n° 6894 (QL), conf. par 2008 QCCA 236, [2008] J.Q. n° 673 (QL) (*sub nom. Compagnie Wal-Mart du Canada c. Desbiens*); *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Côté c. Compagnie F.W. Woolworth*, [1978] R.L. 439; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 194 c. Disque Améric Inc.*, [1996] T.T.

Disque Améric Inc., [1996] T.T. 451; *Gauthier v. Sobey's Inc.* (numéro 650), [1995] T.T. 131; *Industrielle (L'), Compagnie d'assurance sur la vie v. Nadeau*, [1978] T.T. 175; *United Last Co. v. Tribunal du travail*, [1973] R.D.T. 423; *Syndicat des salariés de distribution de produits pharmaceutiques (F.I.S.A.) v. Médis, Services pharmaceutiques et de santé inc.*, [2000] R.J.D.T. 943; *Maresq et Brown Bovari (Canada) Ltd.*, [1963] R.D.T. 242; *Distinctive Leather Goods Ltd. v. Dubois*, [1976] C.A. 648; *Lafrance v. Commercial Photo Service Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 536; *Société des Hôtels Méridien Canada Ltée v. Tribunal du travail*, 80 CLLC ¶ 14,026; *Hôpital Notre-Dame v. Chabot*, D.T.E. 85T-258, SOQUIJ AZ-85147054; *Silva v. Centre hospitalier de l'Université de Montréal — Pavillon Notre-Dame*, 2007 QCCA 458, [2007] R.J.D.T. 363; *Textile Workers Union of America v. Darlington Manufacturing Co.*, 380 U.S. 263 (1965); *Retail Clerks' International Union and National Bank of Canada* (1981), 42 di 352; *J.D. Irving Ltd. and C.E.P.* (2003), 94 C.L.R.B.R. (2d) 105; *Central Web Offset Ltd. and C.E.P., Local 255G* (2008), 155 C.L.R.B.R. (2d) 113; *Hunt Manufacturing Ltd. and United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local No. 170*, [1993] B.C.L.R.B.D. No. 291 (QL); *EF International Language Schools Inc. (Re)*, [1997] B.C.L.R.B.D. No. 203 (QL); *874352 Ont. Ltd. (Comox District Free Press) and G.C.I.U., Local 525 M* (1995), 26 C.L.R.B.R. (2d) 209; *Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 454 v. Westfair Foods Ltd.*, [1993] S.L.R.B.D. No. 2 (QL); *Academy of Medicine*, [1977] O.L.R.B. Rep. 783; *Westinghouse Canada Ltd.*, [1980] O.L.R.B. Rep. 577, application for judicial review dismissed, 80 CLLC ¶ 14,062; *Humber College of Applied Arts and Technology*, [1979] O.L.R.B. Rep. 520; *Doral Construction Ltd.*, [1980] O.L.R.B. Rep. 693; *I.A.T.S.E., Stage Local 56 v. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 SCC 2, [2004] 1 S.C.R. 43; *Houde v. Université Concordia*, 2007 QCCRT 454, [2007] D.C.R.T.Q. n° 454 (QL); *Craig v. Université McGill (Office of Secretariat)*, 2007 QCCRT 278, [2007] D.C.R.T.Q. n° 278 (QL); *Dallaire v. Sûreté du Québec*, 2007 QCCRT 74, [2007] D.C.R.T.Q. n° 74 (QL); *Desgagné v. Québec (Ministère de l'Emploi, de la Solidarité sociale et de la Famille)*, 2005 QCCRT 351, [2005] D.C.R.T.Q. n° 351 (QL); *Ouimet v. Solotech location inc.*, 2005 QCCRT 180, [2005] D.C.R.T.Q. n° 180 (QL); *Bazinet v. Commission scolaire de la Seigneurie-des-Mille-Îles*, 2004 QCCRT 606, [2004] D.C.R.T.Q. n° 606 (QL); *D'Amour v. Autobus Matanais inc.*, 2004 QCCRT 450, [2004] D.C.R.T.Q. n° 450 (QL); *Marcoux v. Thetford Mines (Ville)*, 2004 QCCRT 76, [2004] D.C.R.T.Q. n° 76 (QL); *Simard v. Québec (Ministère de la Sécurité publique)*, 451; *Gauthier c. Sobey's Inc. (numéro 650)*, [1995] T.T. 131; *Industrielle (L'), Compagnie d'assurance sur la vie c. Nadeau*, [1978] T.T. 175; *United Last Co. c. Tribunal du travail*, [1973] R.D.T. 423; *Syndicat des salariés de distribution de produits pharmaceutiques (F.I.S.A.) c. Médis, Services pharmaceutiques et de santé inc.*, [2000] R.J.D.T. 943; *Maresq et Brown Bovari (Canada) Ltd.*, [1963] R.D.T. 242; *Distinctive Leather Goods Ltd. c. Dubois*, [1976] C.A. 648; *Lafrance c. Commercial Photo Service Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 536; *Société des Hôtels Méridien Canada Ltée c. Tribunal du travail*, 80 CLLC ¶ 14,026; *Hôpital Notre-Dame c. Chabot*, D.T.E. 85T-258, SOQUIJ AZ-85147054; *Silva c. Centre hospitalier de l'Université de Montréal — Pavillon Notre-Dame*, 2007 QCCA 458, [2007] R.J.D.T. 363; *Textile Workers Union of America c. Darlington Manufacturing Co.*, 380 U.S. 263 (1965); *Union internationale des employés de commerce et Banque Nationale du Canada* (1981), 42 di 352; *J.D. Irving Ltd. and C.E.P.* (2003), 94 C.L.R.B.R. (2d) 105; *Central Web Offset Ltd. and C.E.P., Local 255G* (2008), 155 C.L.R.B.R. (2d) 113; *Hunt Manufacturing Ltd. and United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local No. 170*, [1993] B.C.L.R.B.D. No. 291 (QL); *EF International Language Schools Inc. (Re)*, [1997] B.C.L.R.B.D. No. 203 (QL); *874352 Ont. Ltd. (Comox District Free Press) and G.C.I.U., Local 525 M* (1995), 26 C.L.R.B.R. (2d) 209; *Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 454 c. Westfair Foods Ltd.*, [1993] S.L.R.B.D. No. 2 (QL); *Academy of Medicine*, [1977] O.L.R.B. Rep. 783; *Westinghouse Canada Ltd.*, [1980] O.L.R.B. Rep. 577, requête en révision judiciaire rejetée, 80 CLLC ¶ 14,062; *Humber College of Applied Arts and Technology*, [1979] O.L.R.B. Rep. 520; *Doral Construction Ltd.*, [1980] O.L.R.B. Rep. 693; *A.I.E.S.T., local de scène n° 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 CSC 2, [2004] 1 R.C.S. 43; *Houde c. Université Concordia*, 2007 QCCRT 454, [2007] D.C.R.T.Q. n° 454 (QL); *Craig c. Université McGill (Office of Secretariat)*, 2007 QCCRT 278, [2007] D.C.R.T.Q. n° 278 (QL); *Dallaire c. Sûreté du Québec*, 2007 QCCRT 74, [2007] D.C.R.T.Q. n° 74 (QL); *Desgagné c. Québec (Ministère de l'Emploi, de la Solidarité sociale et de la Famille)*, 2005 QCCRT 351, [2005] D.C.R.T.Q. n° 351 (QL); *Ouimet c. Solotech location inc.*, 2005 QCCRT 180, [2005] D.C.R.T.Q. n° 180 (QL); *Bazinet c. Commission scolaire de la Seigneurie-des-Mille-Îles*, 2004 QCCRT 606, [2004] D.C.R.T.Q. n° 606 (QL); *D'Amour c. Autobus Matanais inc.*, 2004 QCCRT 450, [2004] D.C.R.T.Q. n° 450 (QL); *Marcoux c. Thetford Mines (Ville)*, 2004 QCCRT 76, [2004] D.C.R.T.Q. n° 76 (QL); *Simard c. Québec (Ministère de la Sécurité publique)*, 2004 QCCRT 57, [2004] D.C.R.T.Q. n° 57 (QL); *Bédard c. Étalex inc.*, 2004 QCCRT 45,

2004 QCCRT 57, [2004] D.C.R.T.Q. n° 57 (QL); *Bédard v. Étalex inc.*, 2004 QCCRT 45, [2004] D.C.R.T.Q. n° 45 (QL); *Laramée v. Coop de taxi de Montréal*, 2004 QCCRT 30, [2004] D.C.R.T.Q. n° 30 (QL); *Turcotte v. Montréal (Ville)*, 2003 QCCRT 545, [2003] D.C.R.T.Q. n° 545 (QL); *Turpin v. Collège d'enseignement général et professionnel de St-Laurent* (1988), 26 Q.A.C. 296; *Cie Price Ltée v. Auclair*, D.T.E. 88T-688, SOQUIJ AZ-88021372; *Hôpital Royal Victoria v. Duceppe*, [1984] T.T. 163; *Alltour Marketing Support Services Ltd. v. Perras*, D.T.E. 83T-855, SOQUIJ AZ-83147158; *Produits Coq d'Or Ltée v. Lévesque*, [1984] T.T. 73; *T.A.S. Communications v. Thériault*, [1985] T.T. 271; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Syndicat des infirmières et infirmiers du Centre hospitalier de l'Archipel (FIIQ) v. Plante*, [2003] J.Q. n° 997 (QL); *Immeubles Bona Ltée v. Labelle*, [1995] R.D.J. 397; *Québec (Gouvernement du) (Revenu Québec) v. Fortin*, 2009 QCCRT 241, [2009] D.C.R.T.Q. n° 241 (QL); *Côté v. Corp. Dicom*, [1987] T.A. 183.

Statutes and Regulations Cited

Act Respecting Labour Standards, R.S.Q., c. N-1.1.
Act to amend the Labour Code, to establish the Commission des relations du travail and to amend other legislative provisions, S.Q. 2001, c. 26, s. 63.
Act to amend the Labour Relations Act, S.Q. 1959-1960, c. 8.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d).
Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 3.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1590.
Interpretation Act, R.S.Q., c. I-16, s. 41.
Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 3, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 59, 114, 116, 118, 119, 143.
Labour Relations Act, S.Q. 1944, c. 30.
National Labor Relations Act, 49 Stat. 449.

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated March 2009, release 32).
 Bergevin, Michel. "L'opportunité et l'efficacité de la réintégration", in Meredith Memorial Lectures 1988, *New Developments in Employment Law*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989, 283.
 Brière, Jean-Yves, avec la collaboration de Jean-Pierre Villaggi. *Relations de travail*, vol. 1. Brossard, Qué.: Publications CCH, 1997 (feuilles mobiles mises à jour 2009, n° 307).
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

[2004] D.C.R.T.Q. n° 45 (QL); *Laramée c. Coop de taxi de Montréal*, 2004 QCCRT 30, [2004] D.C.R.T.Q. n° 30 (QL); *Turcotte c. Montréal (Ville)*, 2003 QCCRT 545, [2003] D.C.R.T.Q. n° 545 (QL); *Turpin c. Collège d'enseignement général et professionnel de St-Laurent* (1988), 26 Q.A.C. 296; *Cie Price Ltée c. Auclair*, D.T.E. 88T-688, SOQUIJ AZ-88021372; *Hôpital Royal Victoria c. Duceppe*, [1984] T.T. 163; *Alltour Marketing Support Services Ltd. c. Perras*, D.T.E. 83T-855, SOQUIJ AZ-83147158; *Produits Coq d'Or Ltée c. Lévesque*, [1984] T.T. 73; *T.A.S. Communications c. Thériault*, [1985] T.T. 271; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Syndicat des infirmières et infirmiers du Centre hospitalier de l'Archipel (FIIQ) c. Plante*, [2003] J.Q. n° 997 (QL); *Immeubles Bona Ltée c. Labelle*, [1995] R.D.J. 397; *Québec (Gouvernement du) (Revenu Québec) c. Fortin*, 2009 QCCRT 241, [2009] D.C.R.T.Q. n° 241 (QL); *Côté c. Corp. Dicom*, [1987] T.A. 183.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1590.
Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 3, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 59, 114, 116, 118, 119, 143.
Loi d'interprétation, L.R.Q., ch. I-16, art. 41.
Loi des relations ouvrières, S.Q. 1944, ch. 30.
Loi modifiant la Loi des relations ouvrières, S.Q. 1959-1960, ch. 8.
Loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission des relations du travail et modifiant d'autres dispositions législatives, L.Q. 2001, ch. 26, art. 63.
Loi sur les normes du travail, L.R.Q., ch. N-1.1.
National Labor Relations Act, 49 Stat. 449.

Doctrine citée

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated March 2009, release 32).
 Bergevin, Michel. « L'opportunité et l'efficacité de la réintégration », dans Conférences commémoratives Meredith 1988, *Le Contrat de travail : problèmes et perspectives*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1989, 283.
 Brière, Jean-Yves, avec la collaboration de Jean-Pierre Villaggi. *Relations de travail*, vol. 1. Brossard, Qué. : Publications CCH, 1997 (feuilles mobiles mises à jour 2009, n° 307).
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999.

Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.

Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 6^e éd. Mis à jour par Langlois Kronström Desjardins sous la direction de Yann Bernard, André Sasseville et Bernard Cliche. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.

Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*. Montréal: Thémis, 2006.

Morin, Fernand, Jean-Yves Brière et Dominic Roux. *Le droit de l'emploi au Québec*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2006.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission permanente de l'économie et du travail*, vol. 37, n^o 22, 2^e sess., 36^e lég., 29 mai 2001.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission permanente de l'économie et du travail*, vol. 37, n^o 32, 2^e sess., 36^e lég., 18 juin 2001.

Summers, Clyde. "Labor Law in the Supreme Court: 1964 Term" (1965-1966), 75 *Yale L.J.* 59.

Verge, Pierre, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée. *Le droit du travail par ses sources*. Montréal: Thémis, 2006.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rochon J.A.), 2007 QCCA 1210, [2007] J.Q. n^o 10678 (QL), 2007 CarswellQue 8612, dismissing an application for leave to appeal from a judgment of Corriveau J., 2007 QCCS 3165, [2007] J.Q. n^o 7019 (QL), 2007 CarswellQue 6548, dismissing an application for judicial review of a decision of the Commission des relations du travail, 2006 QCCRT 207, [2006] D.C.R.T.Q. n^o 207 (QL). Appeal dismissed, LeBel, Abella and Cromwell JJ. dissenting.

Bernard Phillion, Claude Leblanc and Gilles Grenier, for the appellant.

Roy L. Heenan, Corrado De Stefano and Frédéric Massé, for the respondent.

Hélène Fréchette, Vanessa Deschênes and Lucie Tessier, for the intervener Commission des relations du travail.

George Avraam, Mark Mendl, Jeremy Hann and Kevin B. Coon, for the intervener the Alliance of Manufacturers & Exporters Canada.

Robert Laurin, for the intervener Fédération des travailleurs du Québec (FTQ).

Robin Elliot, for the intervener the Coalition of BC Businesses.

Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 5^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.

Gagnon, Robert P. *Le droit du travail du Québec*, 6^e éd. Mis à jour par Langlois Kronström Desjardins sous la direction de Yann Bernard, André Sasseville et Bernard Cliche. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.

Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*. Montréal : Thémis, 2006.

Morin, Fernand, Jean-Yves Brière et Dominic Roux. *Le droit de l'emploi au Québec*, 3^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2006.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission permanente de l'économie et du travail*, vol. 37, n^o 22, 2^e sess., 36^e lég., 29 mai 2001.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission permanente de l'économie et du travail*, vol. 37, n^o 32, 2^e sess., 36^e lég., 18 juin 2001.

Summers, Clyde. « Labor Law in the Supreme Court : 1964 Term » (1965-1966), 75 *Yale L.J.* 59.

Verge, Pierre, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée. *Le droit du travail par ses sources*. Montréal : Thémis, 2006.

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel du Québec (le juge Rochon), 2007 QCCA 1210, [2007] J.Q. n^o 10678 (QL), 2007 CarswellQue 8612, qui a rejeté une demande d'autorisation d'appel d'une décision de la juge Corriveau, 2007 QCCS 3165, [2007] J.Q. n^o 7019 (QL), 2007 CarswellQue 6548, qui avait rejeté une requête en révision judiciaire d'une décision de la Commission des relations du travail, 2006 QCCRT 207, [2006] D.C.R.T.Q. n^o 207 (QL). Pourvoi rejeté, les juges LeBel, Abella et Cromwell sont dissidents.

Bernard Phillion, Claude Leblanc et Gilles Grenier, pour l'appelant.

Roy L. Heenan, Corrado De Stefano et Frédéric Massé, pour l'intimée.

Hélène Fréchette, Vanessa Deschênes et Lucie Tessier, pour l'intervenante la Commission des relations du travail.

George Avraam, Mark Mendl, Jeremy Hann et Kevin B. Coon, pour l'intervenante l'Alliance des manufacturiers et exportateurs du Canada.

Robert Laurin, pour l'intervenante la Fédération des travailleurs du Québec (FTQ).

Robin Elliot, pour l'intervenante Coalition of BC Businesses.

Guy Du Pont, for the intervener the Canadian Chamber of Commerce.

Andrew K. Lokan and *Jean-Claude Killey*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Manon Savard and *Sébastien Beaugard*, for the intervener Conseil du patronat du Québec.

Steven Barrett and *Lise Leduc*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

[1] BINNIE J. — On April 29, 2005, Wal-Mart shut its store at Jonquière, in the Saguenay-Lac-St-Jean area of Quebec. The workers at this particular store had chosen to collectively bargain through their union, which had been certified by the Commission des relations du travail (“CRT”) on August 2, 2004. Thereafter negotiations to conclude a collective agreement were unsuccessful. On February 9, 2005, the Minister of Labour appointed an arbitrator to resolve the outstanding differences. On the same day, Wal-Mart announced closure of the store. On May 17, 2005, the appellant filed a complaint under s. 16 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27 (“Code”), claiming [TRANSLATION] “I lost my employment because of the unionization of my establishment.” He sought an order that he be reinstated in his job. This could only occur if the store was ordered to be reopened. For the reasons that follow I believe the claim was rightly rejected and that the appeal should be dismissed.

I. Overview

[2] This proceeding is one of many initiated by the Wal-Mart employees or their union the United Food and Commercial Workers Union, Local 503, arising out of the closing of the Jonquière store, including other proceedings before the CRT invoking its general remedial powers under ss. 114, 118 and 119 of the Code (*Boutin v. Wal-Mart Canada*

Guy Du Pont, pour l’intervenante la Chambre de commerce du Canada.

Andrew K. Lokan et *Jean-Claude Killey*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Manon Savard et *Sébastien Beaugard*, pour l’intervenant le Conseil du patronat du Québec.

Steven Barrett et *Lise Leduc*, pour l’intervenant le Congrès du travail du Canada.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Le 29 avril 2005, Wal-Mart a fermé son magasin de Jonquière, dans la région du Saguenay-Lac-St-Jean, au Québec. Les travailleurs de ce magasin avaient choisi de négocier collectivement avec leur employeur par l’entremise de leur syndicat, qui avait été accrédité par la Commission des relations du travail (« CRT ») le 2 août 2004. Les négociations visant à conclure une convention collective ont échoué. Le 9 février 2005, le ministre du Travail a nommé un arbitre en vue de résoudre les points encore en litige. Le même jour, Wal-Mart a annoncé la fermeture du magasin. Le 17 mai 2005, l’appelant a déposé une plainte fondée sur l’art. 16 du *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27 (« Code »), dans laquelle il affirmait : « J’ai subi une perte d’emploi en raison de la syndicalisation de mon établissement. » Il demandait à être réintégré dans son emploi, ce qui n’était possible que si la réouverture du magasin était aussi ordonnée. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que la demande a été rejetée à bon droit et que le pourvoi doit également être rejeté.

I. Aperçu

[2] Il s’agit de l’un des nombreux recours intentés par les employés de Wal-Mart ou par leur syndicat, les Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 503, à la suite de la fermeture du magasin de Jonquière, dont celui soumis à la CRT sur le fondement des pouvoirs généraux de réparation que lui confèrent les

inc., 2005 QCCRT 225, [2005] D.C.R.T.Q. n° 225 (QL); 2005 QCCRT 269, [2005] D.C.R.T.Q. n° 269 (QL)), and proceedings for judicial review related thereto, as well as a class action (*Pednault v. Compagnie Wal-Mart du Canada*, [2005] J.Q. n° 16222 (QL) (Sup. Ct.)). The Jonquière store was the first Wal-Mart store to be unionized in North America, and the *Pednault* Statement of Claim included the allegations that the store closure was intended to intimidate employees [TRANSLATION] “of any other Wal-Mart store who have engaged in or are considering engaging in unionization activities” and “to frustrate attempts to unionize this store and any similar applications in any other store” (2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266, at paras. 9-10). The class action was eventually dismissed on the basis that the subject matter of the dispute lay more appropriately within the jurisdiction of the CRT rather than the courts. In addition, the union launched a grievance against Wal-Mart under s. 59 of the Code alleging, amongst other things, that Wal-Mart [TRANSLATION] “also encouraged, fomented and fostered rumours that the Wal-Marts in St-Hyacinthe and Brossard would soon be closing” (*Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 v. Ménard*, 2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138, at para. 3). In other words, the Jonquière closing was presented by the union merely as a step taken by Wal-Mart in a larger employer strategy of hindrance, intimidation and union busting.

[3] In this particular proceeding, Wal-Mart's answer to the s. 16 complaint was that the appellant lost his job not because of union activity but because the store no longer existed and therefore no jobs were available. Abella J. argues that Wal-Mart's response reflects Quebec case law that has wrongly “resulted in a blanket immunization from scrutiny for business closings, and has prevented both unions and employees from seeking any remedy for anti-union conduct when a business is closed” (para. 66 (emphasis added)). I do not agree that such an immunity exists. Even Wal-Mart did not claim that the closing of its Jonquière store was immunized from “scrutiny” or could serve to

art. 114, 118 et 119 du Code (*Boutin c. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 225, [2005] D.C.R.T.Q. n° 225 (QL); 2005 QCCRT 269, [2005] D.C.R.T.Q. n° 269 (QL)), la demande de contrôle judiciaire s'y rapportant et un recours collectif (*Pednault c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, [2005] J.Q. n° 16222 (QL) (C.S.)). Le magasin de Jonquière est le premier magasin Wal-Mart à s'être syndiqué en Amérique du Nord, et il est allégué dans la déclaration produite dans l'affaire *Pednault* que la fermeture avait pour but d'intimider les employés « de tous les autres magasins Wal-Mart qui ont déjà entrepris ou qui songent à entreprendre des démarches de syndicalisation » et « de faire échec à la syndicalisation de ce magasin et à toute demande similaire dans tous les autres magasins » (2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266, par. 9-10). Le recours collectif a été rejeté au motif que le différend relevait de la compétence de la CRT plutôt que de celle des tribunaux. Le syndicat a en outre déposé un grief contre Wal-Mart sur le fondement de l'art. 59 du Code, dans lesquels il allègue notamment que Wal-Mart « a de plus, encouragé, fomenté, favorisé les rumeurs à l'effet que le[s] Wal-Mart situé[s] à St-Hyacinthe et à Brossard fermeraient leurs portes sous peu » (*Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Ménard*; 2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138, par. 3). Autrement dit, selon le syndicat, la fermeture du magasin de Jonquière faisait partie d'une stratégie plus vaste d'obstruction, d'intimidation et d'opposition au syndicat.

[3] Dans la présente affaire, Wal-Mart a répondu à la plainte fondée sur l'art. 16 en indiquant que l'appelant avait perdu son emploi non pas en raison de ses activités syndicales, mais parce que le magasin n'existait plus et que, par conséquent, aucun emploi n'était disponible. La juge Abella affirme que la réponse de Wal-Mart correspond à la jurisprudence québécoise qui a entraîné, à tort, « une immunité générale excluant tout examen de la décision de fermer une entreprise et l'impossibilité pour les syndicats et les salariés de demander quelque réparation que ce soit pour un comportement anti-syndical dans le contexte de la fermeture d'une entreprise » (par. 66 (je souligne)). Je ne crois pas

deny unions and employees “any remedy for anti-union conduct”.

[4] The issue before the Court, as I see it, is quite limited albeit it is an important one. It is a matter of procedure that has nothing to do with any general inquiry into Wal-Mart’s labour practices. The narrow issue is whether the procedural vehicle offered by ss. 15 to 17 of the Code is available to the appellant in circumstances where a store no longer exists. More specifically, the issue is whether an employee in such circumstances has the benefit of the *presumption* in s. 17 that the loss of jobs was a “sanction” imposed for an unlawful motive, namely union busting. With all due respect to those of a different opinion, my view is that the necessary foundation of a s. 15 order is the existence of an ongoing workplace. The appropriate remedy in a closure situation lies under ss. 12 to 14 of the Code (which were in fact invoked by Jonquière employees in the *Boutin* case mentioned earlier). Abella J. writes that:

I see no reason why the Commission cannot order [compensation] under ss. 15 and 119 of the *Labour Code* if it is satisfied that the closing was motivated by anti-union animus. [para. 146]

If my colleague were to substitute ss. 12 to 14 in place of s. 15 in her conclusion we would be in agreement.

[5] From the perspective of the appellant and his union, the major attraction of the procedure under ss. 15 to 17 is precisely the statutory presumption under s. 17 which provides that where the employer takes action against an employee who is exercising rights under the Code, the CRT must assume that the sanction was imposed or the action taken because of the exercise of such employee rights until the employer shows otherwise. The appellant

qu’une telle immunité existe. Même Wal-Mart n’a pas prétendu que la fermeture de son magasin de Jonquière était à l’abri d’un « examen » ou pouvait empêcher les syndicats et les salariés d’obtenir « quelque réparation que ce soit pour un comportement antisyndical ».

[4] La question qui est soumise à la Cour est, selon moi, assez limitée, quoique importante. Il s’agit d’une question de procédure qui n’a rien à voir avec un examen général des pratiques de Wal-Mart en matière de relations du travail. La question restreinte soulevée dans le pourvoi est celle de savoir si, lorsqu’un magasin n’existe plus, l’appelant peut se prévaloir du mécanisme procédural que lui offrent les art. 15 à 17 du Code. Plus précisément, il s’agit de déterminer si, en pareilles circonstances, un salarié bénéficie de la *présomption* établie à l’art. 17, selon laquelle la perte des emplois est une « sanction » imposée pour un motif illégal, savoir pour combattre le syndicat. Malgré le respect que je porte aux tenants de l’opinion contraire, je suis d’avis qu’une ordonnance rendue en vertu de l’art. 15 doit nécessairement s’appuyer sur l’existence d’un lieu de travail encore en activité. Le recours approprié en cas de fermeture d’une entreprise est prévu aux art. 12 à 14 du Code (qui ont effectivement été invoqués par des salariés de Jonquière dans l’affaire *Boutin* mentionnée plus tôt). La juge Abella écrit :

Rien n’empêche à mon avis la Commission d’accorder [une indemnité] en vertu des art. 15 et 119 du *Code du travail*, si elle est convaincue que la fermeture était motivée par l’antisyndicalisme. [par. 146]

Si, dans sa conclusion, ma collègue remplaçait l’art. 15 par les art. 12 à 14, nous serions du même avis.

[5] Pour l’appelant et son syndicat, le principal avantage de la procédure prévue aux art. 15 à 17 est précisément la présomption légale, établie par l’art. 17, qui oblige la CRT à tenir pour avéré, jusqu’à preuve du contraire, que toute mesure ou sanction imposée par l’employeur à un salarié qui exerce les droits que lui confère le Code a été prise à cause de l’exercice de ces droits. L’appelant soutient que la fermeture de leur lieu de travail constituait une

argues that the workplace closure was such a “sanction” or “action” and the presumption therefore applies. Section 17 provides:

17. If it is shown to the satisfaction of the Commission that the employee exercised a right arising from this Code, there is a simple presumption in his favour that the sanction was imposed on him or the action was taken against him because he exercised such right, and the burden of proof is upon the employer that he resorted to the sanction or action against the employee for good and sufficient reason.

The onus is thus put on the employer (here Wal-Mart) to establish that the sanction or action against the complainant was taken “for good and sufficient reason” (s. 17) which in practice means a decision free of taint of anti-union activity. Wal-Mart complains that it cannot logically be inferred from the fact of prior union activity that the closure of the Jonquière store was a “sanction or reprisal”.

[6] In electing the procedure under ss. 15 to 17, the appellant was confronted with a long line of cases in the Quebec courts and in this Court addressing reinstatement issues, including *Lafrance v. Commercial Photo Service Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 536, and *Hilton Québec Ltée v. Labour Court*, [1980] 1 S.C.R. 548. Subsequently, in *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. v. Roy*, [1981] T.T. 22, the Quebec Labour Court held that a business closure itself is “good and sufficient reason” within the meaning of s. 17 to justify the dismissal [TRANSLATION] “even if the closure is based on socially reprehensible considerations” (*per* Judge Lesage, at p. 26). The rationale is that the loss of employment is explained by the closure. Reinstatement in a closed workplace is not a feasible or appropriate remedy. The cause of the *closure*, on the other hand, is a distinct question that may be pursued under other provisions of the Code, as will be discussed.

[7] Counsel for Wal-Mart reminds us that *City Buick* was recently approved by our Court in *I.A.T.S.E., Stage Local 56 v. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 SCC 2, [2004] 1 S.C.R. 43. The appellant, however, contends that this line

telle « mesure » ou « sanction » et que, partant, la présomption établie à l’art. 17 s’applique. Voici le libellé de l’art. 17 :

17. S’il est établi à la satisfaction de la Commission que le salarié exerce un droit qui lui résulte du présent code, il y a présomption simple en sa faveur que la sanction lui a été imposée ou que la mesure a été prise contre lui à cause de l’exercice de ce droit et il incombe à l’employeur de prouver qu’il a pris cette sanction ou mesure à l’égard du salarié pour une autre cause juste et suffisante.

Il incombe donc à l’employeur (Wal-Mart en l’occurrence) « de prouver qu’il a pris cette sanction ou mesure à l’égard du salarié pour une autre cause juste et suffisante » (art. 17), c’est-à-dire, en pratique, que sa décision n’était pas entachée par l’anti-syndicalisme. Wal-Mart objecte qu’on ne peut logiquement inférer des activités syndicales qui l’ont précédée que la fermeture du magasin de Jonquière constituait une « sanction ou des représailles ».

[6] En optant pour la procédure prévue aux art. 15 à 17, l’appelant se retrouvait aux prises avec une abondante jurisprudence des tribunaux du Québec et de notre Cour, sur les questions touchant la réintégration, dont les arrêts *Lafrance c. Commercial Photo Service Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 536, et *Hilton Québec Ltée c. Tribunal du travail*, [1980] 1 R.C.S. 548. Plus tard, le Tribunal du travail du Québec a statué, dans *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy*, [1981] T.T. 22, que la cessation des activités constitue une « cause juste et suffisante » de congédiement au sens de l’art. 17 « même si cette cessation est mue par des motifs condamnables socialement » (le juge Lesage, p. 26). Il en est ainsi parce que la perte d’emploi s’explique par la fermeture. Il n’est ni possible, ni approprié d’ordonner la réintégration dans un établissement fermé. La cause de la *fermeture*, par contre, est une question distincte qui peut être soulevée en application d’autres dispositions du Code, comme nous le verrons.

[7] L’avocat de Wal-Mart nous rappelle que notre Cour a approuvé *City Buick* il y a peu de temps dans *A.I.E.S.T., local de scène n° 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 CSC 2, [2004] 1 R.C.S. 43. L’appelant soutient néanmoins que la

of cases from *City Buick* onwards, should now be reconsidered because, he says, the constitutional scope of freedom of association has recently been broadened by this Court in *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, and the provisions of the Code must now be re-interpreted in that light. For the reasons that follow I do not think that the *Health Services* decision is of any assistance here.

[8] The rule in Quebec that an employer can close a plant for “socially reprehensible considerations” does not however mean it can do so without adverse financial consequences, including potential compensation to the employees who have thereby suffered losses.

The Existence of Alternative Remedies

[9] *City Buick*, as quoted and affirmed by this Court in *Place des Arts*, spoke of “socially reprehensible considerations”. It did not offer an employer immunity under the Code for *illegal* conduct.

[10] It is open to a union or employees to bring evidence of anti-union conduct to establish an unfair labour practice under ss. 12 to 14 of the Code. The disadvantage from the employees’ point of view is that the s. 17 presumption is not available in an application under those provisions. A s. 12 claim that the employer committed an unfair labour practice is for the union or employees to establish, not for the employer to rebut.

[11] The bottom line in this appeal is therefore not whether employees have a remedy against an employer who closes a workplace for anti-union motives (they do have a remedy) but whether employees of a closed business can bring their claim within ss. 15 to 17 so as to obtain the considerable advantage of a statutory presumption that

série de décisions rendues dans la foulée de *City Buick* devrait maintenant être reconsidérée parce que notre Cour a élargi récemment la portée constitutionnelle du droit à la liberté d’association dans *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, et qu’il y a lieu de revoir l’interprétation des dispositions du Code en conséquence. Pour les motifs qui suivent, je ne crois pas que l’arrêt *Health Services* soit de quelque assistance dans le présent pourvoi.

[8] La règle québécoise selon laquelle un employeur peut fermer un établissement pour des « motifs condamnables socialement » ne signifie toutefois pas qu’il peut le faire sans conséquences négatives sur le plan financier, y compris la possibilité d’avoir à indemniser les salariés pour le préjudice que leur a causé la fermeture.

L’existence d’autres recours

[9] La décision *City Buick*, citée et confirmée par notre Cour dans *Place des Arts*, parle de « motifs condamnables socialement ». Elle ne permet pas à l’employeur de bénéficier d’une immunité contre les comportements *illégaux* dans le cadre de l’application du Code.

[10] Les syndicats et les salariés peuvent présenter une preuve de comportement antisyndical en vue d’établir le recours à une pratique déloyale de travail interdite par les art. 12 à 14 du Code. Du point de vue des salariés, un recours fondé sur ces dispositions a le désavantage de ne pas donner ouverture à la présomption de l’art. 17. Dans le contexte de l’art. 12, il incombe au syndicat ou aux salariés, selon le cas, de prouver que l’employeur s’est livré à une pratique déloyale, et non à l’employeur de réfuter une telle allégation.

[11] En définitive, il ne s’agit donc pas de savoir si les salariés disposent d’un recours contre un employeur qui procède à la fermeture d’un établissement pour des raisons antisyndicales (ils disposent effectivement d’un recours), mais de savoir si les employés d’un établissement ayant fermé ses portes peuvent présenter un recours fondé sur les

the dismissals were *because* the employees exercised their collective bargaining rights.

[12] The issue under ss. 12 to 14 is not the same issue as under ss. 15 to 17, although both procedures address the problem of anti-union activity. Under ss. 15 to 17, as interpreted by the CRT, the question before the tribunal relates to the reasons for the employee's dismissal (to which the real and definitive closing of the workplace has been held to be a good and sufficient answer) whereas the question that can be put in play under ss. 12 to 14 is the broader issue of *why* the plant was closed at all, and specifically was it closed as part of an anti-union strategy. A finding of an unfair labour practice under ss. 12 to 14 opens up broader redress under the general remedial provisions of the Code for the benefit of *all* employees, including those who were not involved in union activity, and even for those who *opposed* the union, but who nevertheless suffered as a result of the wrongful store closure.

[13] All of this is not to underestimate the difficulty faced by the union or employees under ss. 12 to 14 in establishing that a particular closure was *tainted* by anti-union animus, although the minimal requirement of *taint* sets a relatively low threshold. On the other hand, the *City Buick* line of cases reflects the countervailing difficulty faced by employers in proving a closure to be free of taint in "mixed-motive" closures. The *City Buick* doctrine that a definitive workplace closure constitutes "good and sufficient reason" for the purposes of s. 17 (because no reinstatement is possible) is well understood and the Quebec legislature made no change during the major amendments of 2001, despite representations on the issue, as hereafter described. As will be seen, the relevant extracts from *City Buick* were incorporated into this Court's judgment in *Place des Arts*, at para. 28, to which Gonthier J. added, for the Court, "I respectfully agree with Judge Lesage's account." It would be

art. 15 à 17 en vue de bénéficier de l'important avantage que constitue la présomption légale selon laquelle le renvoi a eu lieu à *cause de* l'exercice de leur droit de négocier collectivement.

[12] La question à trancher sous le régime des art. 12 à 14 est différente de celle soulevée sous le régime des art. 15 à 17, bien que ces deux recours visent à remédier aux manœuvres antisyndicales. Dans le contexte des art. 15 à 17, tels que les a interprétés la CRT, le tribunal doit se prononcer sur les raisons du congédiement du salarié (la fermeture véritable et définitive de l'entreprise constituant selon les tribunaux un motif juste et suffisant), alors que l'application des art. 12 à 14 peut mettre en cause la question plus large du *pourquoi* de la fermeture et, plus particulièrement, celle de savoir si la fermeture découle d'une stratégie anti-syndicale. Une conclusion de pratique déloyale de travail interdite par les art. 12 à 14 donne ouverture à des mesures d'une portée plus large fondées sur les dispositions réparatrices générales du Code dont *tous* les salariés peuvent bénéficier, y compris ceux qui n'ont pas participé à des activités syndicales ou qui se sont même *opposés* à la syndicalisation, mais qui ont néanmoins subi les contrecoups de la fermeture illicite du magasin.

[13] Il ne faut pas pour autant sous-estimer les difficultés que le syndicat ou les salariés doivent surmonter pour établir, sous le régime des art. 12 à 14, que l'antisyndicalisme a *entaché* la décision de fermer l'entreprise, quoique l'exigence minimale que cette décision soit *entachée* établisse un critère relativement peu exigeant. Par contre, les décisions rendues dans la foulée de *City Buick* illustrent la difficulté, pour l'employeur, de prouver qu'une fermeture fondée sur des « motifs multiples » n'est pas entachée. Le principe énoncé dans *City Buick* selon lequel la fermeture définitive d'un lieu de travail constitue une « cause juste et suffisante » pour l'application de l'art. 17 (la réintégration étant impossible) est bien établi et le législateur québécois a choisi de le laisser intact lors de l'importante réforme effectuée en 2001, malgré les observations exprimées à cet égard, sur lesquelles nous reviendrons plus loin. Comme nous le verrons, les extraits pertinents de la décision *City Buick* ont été

unfortunate, absent compelling circumstances, if the precedential value of a unanimous decision of this Court was thought to expire with the tenure of the particular panel of judges that decided it.

II. Facts Specific to This Appeal

[14] In August 2004, the union to which Mr. Plourde belongs was certified to represent the employees of Wal-Mart in Jonquière. After several fruitless bargaining sessions, the union filed an application under the Code to establish the provisions of a first collective agreement. On February 9, 2005, the Minister of Labour referred the dispute to arbitration and notified the parties of the referral. That same day, Wal-Mart informed the employees of its decision to close the store. On April 29, 2005, the appellant's employment, along with that of approximately 190 other employees, was terminated.

[15] After the closure was announced, the employees and the union brought a number of proceedings to obtain relief. In addition to various proceedings under the Code, including the one at bar, a civil proceeding was brought in *Pednault* that took the form of a motion for authorization to institute a class action on behalf of all the employees of the Jonquière store. In that motion, it was alleged that the closure infringed the employees' freedom of association under s. 3 of the Quebec *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, and damages were claimed. The Court of Appeal upheld a judgment granting a motion for declinatory exception on the basis that the dispute fell within the exclusive jurisdiction of the CRT, since it clearly concerned the exercise of employees' rights provided for in, and employer conduct punishable pursuant to, the Code.

[16] In the case at bar, Mr. Plourde, along with several other employees, filed a complaint under ss. 15 *et seq.* of the Code and claimed to have lost his employment because of his union activities.

incorporés à l'arrêt *Place des Arts* (par. 28), le juge Gonthier ajoutant, au nom de la Cour : « Je fais miens les propos du juge Lesage. » Il serait regrettable, en l'absence de circonstances impérieuses, qu'une décision unanime de la Cour perde sa valeur de précédent avec le départ de l'un ou de plusieurs des juges qui y ont participé.

II. Les faits propres au pourvoi

[14] En août 2004, le syndicat dont fait partie M. Plourde est accrédité pour représenter les salariés de Wal-Mart à Jonquière. Après plusieurs séances de négociation infructueuses, le syndicat dépose une requête en vertu du Code afin que soient fixées les dispositions d'une première convention collective. Le 9 février 2005, le ministre du Travail renvoie le différend à l'arbitrage et en avise les parties. Le même jour, Wal-Mart annonce aux salariés sa décision de fermer le magasin. Ainsi, le 29 avril 2005, l'emploi de l'appelant de même que celui de quelque 190 autres salariés prend fin.

[15] Les salariés et le syndicat exercent plusieurs recours à la suite de cette annonce de fermeture afin d'obtenir réparation. Parallèlement à différents recours intentés en vertu du Code, dont le présent recours, une poursuite civile est engagée dans *Pednault*. Il s'agit d'une requête pour autorisation d'exercer un recours collectif au nom de tous les employés du magasin de Jonquière, alléguant que la fermeture porte atteinte à leur liberté d'association garantie par l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, et réclamant des dommages-intérêts. La Cour d'appel a confirmé le jugement accueillant une requête en exception déclinatoire au motif que le litige relève de la compétence exclusive de la CRT, puisqu'il a clairement trait à l'exercice des droits des salariés prévus au Code et à des manœuvres de l'employeur que sanctionne ce Code.

[16] Dans le présent dossier, M. Plourde, à l'instar de plusieurs autres salariés, a déposé une plainte en vertu des art. 15 *et suiv.* du Code, dans laquelle il soutient avoir perdu son emploi en raison de ses activités syndicales.

III. Relevant Statutory Provisions

[17] *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27

12. No employer, or person acting for an employer or an association of employers, shall in any manner seek to dominate, hinder or finance the formation or the activities of any association of employees, or to participate therein.

No association of employees, or person acting on behalf of any such organization, shall belong to an association of employers or seek to dominate, hinder or finance the formation or activities of any such association, or to participate therein.

13. No person shall use intimidation or threats to induce anyone to become, refrain from becoming or cease to be a member of an association of employees or an employers' association.

14. No employer nor any person acting for an employer or an employers' association may refuse to employ any person because that person exercises a right arising from this Code, or endeavour by intimidation, discrimination or reprisals, threat of dismissal or other threat, or by the imposition of a sanction or by any other means, to compel an employee to refrain from or to cease exercising a right arising from this Code.

This section shall not have the effect of preventing an employer from suspending, dismissing or transferring an employee for a good and sufficient reason, proof whereof shall devolve upon the said employer.

15. Where an employer or a person acting for an employer or an employers' association dismisses, suspends or transfers an employee, practises discrimination or takes reprisals against him or imposes any other sanction upon him because the employee exercises a right arising from this Code, the Commission may

(a) order the employer or a person acting for an employer or an employers' association to reinstate such employee in his employment, within eight days of the service of the decision, with all his rights and privileges, and to pay him as an indemnity the equivalent of the salary and other benefits of which he was deprived due to dismissal, suspension or transfer.

That indemnity is due in respect of the whole period comprised between the time of dismissal, suspension or

III. Les dispositions pertinentes

[17] *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27

12. Aucun employeur, ni aucune personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs, ne cherchera d'aucune manière à dominer, entraver ou financer la formation ou les activités d'une association de salariés, ni à y participer.

Aucune association de salariés, ni aucune personne agissant pour le compte d'une telle organisation n'adhérera à une association d'employeurs, ni ne cherchera à dominer, entraver ou financer la formation ou les activités d'une telle association ni à y participer.

13. Nul ne doit user d'intimidation ou de menaces pour amener quiconque à devenir membre, à s'abstenir de devenir membre ou à cesser d'être membre d'une association de salariés ou d'employeurs.

14. Aucun employeur, ni aucune personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs ne doit refuser d'employer une personne à cause de l'exercice par cette personne d'un droit qui lui résulte du présent code, ni chercher par intimidation, mesures discriminatoires ou de représailles, menace de renvoi ou autre menace, ou par l'imposition d'une sanction ou par quelque autre moyen à contraindre un salarié à s'abstenir ou à cesser d'exercer un droit qui lui résulte du présent code.

Le présent article n'a pas pour effet d'empêcher un employeur de suspendre, congédier ou déplacer un salarié pour une cause juste et suffisante dont la preuve lui incombe.

15. Lorsqu'un employeur ou une personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs congédie, suspend ou déplace un salarié, exerce à son endroit des mesures discriminatoires ou de représailles, ou lui impose toute autre sanction à cause de l'exercice par ce salarié d'un droit qui lui résulte du présent code, la Commission peut :

a) ordonner à l'employeur ou à une personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs de réintégrer ce salarié dans son emploi, avec tous ses droits et privilèges, dans les huit jours de la signification de la décision et de lui verser, à titre d'indemnité, l'équivalent du salaire et des autres avantages dont l'a privé le congédiement, la suspension ou le déplacement.

Cette indemnité est due pour toute la période comprise entre le moment du congédiement, de la suspension

transfer and that of the carrying out of the order, or the default of the employee to resume his employment after having been duly recalled by his employer.

If the employee has worked elsewhere during the above mentioned period, the salary which he so earned shall be deducted from such indemnity;

(b) order the employer or the person acting for an employer or an employers' association to cancel the sanction or to cease practising discrimination or taking reprisals against the employee and to pay him as an indemnity the equivalent of the salary and other benefits of which he was deprived due to the sanction, discrimination or reprisals.

16. The employees who believe that they have been the victim of a sanction or action referred to in section 15 must, if they wish to avail themselves of the provisions of that section, file a complaint at one of the offices of the Commission within thirty days of the sanction or action.

17. If it is shown to the satisfaction of the Commission that the employee exercised a right arising from this Code, there is a simple presumption in his favour that the sanction was imposed on him or the action was taken against him because he exercised such right, and the burden of proof is upon the employer that he resorted to the sanction or action against the employee for good and sufficient reason.

114. The Commission is responsible for ensuring the diligent and efficient application of the provisions of this Code and exercising the other functions assigned to it under this Code or any other Act.

. . .

118. The Commission may, in particular,

(1) summarily reject any motion, application, complaint or procedure it considers to be improper or dilatory;

(2) refuse to rule on the merits of a complaint . . . ;

(3) make any order, including a provisional order, it considers appropriate to safeguard the rights of the parties;

(4) determine any question of law or fact necessary for the exercise of its jurisdiction;

(5) confirm, modify or quash the contested decision or order and, if appropriate, render the decision or

ou du déplacement et celui de l'exécution de l'ordonnance ou du défaut du salarié de reprendre son emploi après avoir été dûment appelé par l'employeur.

Si le salarié a travaillé ailleurs au cours de la période précitée, le salaire qu'il a ainsi gagné doit être déduit de cette indemnité;

b) ordonner à l'employeur ou à une personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs d'annuler une sanction ou de cesser d'exercer des mesures discriminatoires ou de représailles à l'endroit de ce salarié et de lui verser à titre d'indemnité l'équivalent du salaire et des autres avantages dont l'ont privé la sanction, les mesures discriminatoires ou de représailles.

16. Le salarié qui croit avoir été l'objet d'une sanction ou d'une mesure visée à l'article 15 doit, s'il désire se prévaloir des dispositions de cet article, déposer sa plainte à l'un des bureaux de la Commission dans les 30 jours de la sanction ou mesure dont il se plaint.

17. S'il est établi à la satisfaction de la Commission que le salarié exerce un droit qui lui résulte du présent code, il y a présomption simple en sa faveur que la sanction lui a été imposée ou que la mesure a été prise contre lui à cause de l'exercice de ce droit et il incombe à l'employeur de prouver qu'il a pris cette sanction ou mesure à l'égard du salarié pour une autre cause juste et suffisante.

114. La Commission est chargée d'assurer l'application diligente et efficace du présent code et d'exercer les autres fonctions que celui-ci et toute autre loi lui attribuent.

. . .

118. La Commission peut notamment :

1° rejeter sommairement toute demande, plainte ou procédure qu'elle juge abusive ou dilatoire;

2° refuser de statuer sur le mérite d'une plainte . . . ;

3° rendre toute ordonnance, y compris une ordonnance provisoire, qu'elle estime propre à sauvegarder les droits des parties;

4° décider de toute question de droit ou de fait nécessaire à l'exercice de sa compétence;

5° confirmer, modifier ou infirmer la décision, l'ordre ou l'ordonnance contesté et, s'il y a lieu, rendre

order which, in its opinion, should have been rendered or made initially;

(6) render any decision it considers appropriate;

. . .

119. Except with regard to an actual or apprehended strike, slowdown, concerted action, other than a strike or slowdown, or lock-out in a public service or in the public and parapublic sectors within the meaning of Chapter V.1, the Commission may also

(1) order a person, group of persons, association or group of associations to cease performing, not to perform or to perform an act in order to be in compliance with this Code;

(2) require any person to redress any act or remedy any omission made in contravention of a provision of this Code;

(3) order a person or group of persons, in light of the conduct of the parties, to apply the measures of redress it considers the most appropriate;

. . .

IV. Adjudicative History

A. *Commission des relations du travail, 2006 QCCRT 207, [2006] D.C.R.T.Q. n° 207 (QL)*

[18] Wal-Mart submitted that it had proven that the employments were terminated for good and sufficient reason within the meaning of s. 17 of the Code, that reason being the complete and permanent closure of the Jonquière store. Mr. Plourde contended that a loss of employment resulting from an infringement of freedom of association could not be a loss of employment for good and sufficient reason.

[19] According to the CRT, there was no doubt that the appellant could rely on the presumption under s. 17, since he had engaged in numerous significant union activities that were concomitant with the termination of his employment. However, the CRT found that Wal-Mart had shown the store's closure to be genuine and permanent. The

la décision, l'ordre ou l'ordonnance qui, à son avis, aurait dû être rendu en premier lieu;

6° rendre toute décision qu'elle juge appropriée;

. . .

119. Sauf au regard d'une grève, d'un ralentissement d'activités, d'une action concertée autre qu'une grève ou un ralentissement d'activités ou encore d'un lock-out, réels ou appréhendés, dans un service public ou dans les secteurs public et parapublic au sens du chapitre V.1, la Commission peut aussi :

1° ordonner à une personne, à un groupe de personnes, à une association ou à un groupe d'associations de cesser de faire, de ne pas faire ou d'accomplir un acte pour se conformer au présent code;

2° exiger de toute personne de réparer un acte ou une omission fait en contravention d'une disposition du présent code;

3° ordonner à une personne ou à un groupe de personnes, compte tenu du comportement des parties, l'application du mode de réparation qu'elle juge le plus approprié;

. . .

IV. Historique des procédures

A. *Commission des relations du travail, 2006 QCCRT 207, [2006] D.C.R.T.Q. n° 207 (QL)*

[18] Wal-Mart affirme avoir prouvé que les terminaisons d'emploi sont dues à une autre cause juste et suffisante au sens de l'art. 17 du Code, soit à la fermeture complète et définitive du magasin de Jonquière. Monsieur Plourde fait valoir qu'une perte d'emploi occasionnée par une violation de la liberté d'association ne peut pas être une perte d'emploi résultant d'une autre cause juste et suffisante.

[19] Selon la CRT, il ne fait aucun doute que l'appelant doit bénéficier de la présomption de l'art. 17, puisqu'il a exercé de nombreuses et importantes activités syndicales et ce, en concomitance avec la terminaison de son emploi. Cependant, la CRT estime que Wal-Mart a démontré que la fermeture du magasin est réelle et définitive. La preuve

evidence supported the conclusion that the establishment no longer had any employees, was closed to the public and had been emptied of its merchandise and equipment and stripped of any identifying signage or colours. Moreover, the resiliation of the lease and the uncontradicted explanations regarding efforts to sell the building sufficed to show, in light of the evidence as a whole, that the closure of the store was genuine.

[20] Mr. Plourde conceded that the courts have consistently and unanimously held for more than 25 years that the genuine closure of a business constitutes a good and sufficient reason for the purposes of s. 17 of the Code. But he argued that it was necessary to depart from this line of authority in favour of the freedom of association protected by the Quebec *Charter* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The CRT rejected the appellant's argument and concluded that there was no support in the case law for an inference that an employer could be compelled, on the basis of freedom of association, to remain in business against its will. The CRT found that in *Place des Arts*, the Supreme Court had endorsed, without qualification, the comment of Judge Lesage in *City Buick* that what is prohibited by s. 15 of the Code is dismissing employees engaged in union activities, not permanently closing a business because one does not want to deal with a union. Where the closure is real, genuine or permanent, the reason for the termination of employment is the closure, not the union activities of certain employees.

[21] The CRT thus concluded that freedom of association does not bar an employer from closing its business, regardless of its reason for doing so.

B. *Quebec Superior Court, 2007 QCCS 3165, [2007] J.Q. n° 7019 (QL)*

[22] According to Corriveau J., the courts have long held that the genuine closure of an establishment constitutes "good and sufficient reason" within the meaning of s. 17 of the Code, and the CRT was accordingly correct in not requiring Wal-Mart to prove its reasons for closing the store. She wrote the following:

permet en effet de conclure que l'établissement n'a plus de salariés, qu'il est fermé au public, vidé de sa marchandise, de ses équipements et dégariné de toute identification par enseigne ou couleurs. De plus, la résiliation du bail et les explications données et non contredites sur les efforts faits pour se défaire de l'immeuble suffisent pour démontrer, compte tenu de l'ensemble de la preuve, que la fermeture de l'établissement est véritable.

[20] Monsieur Plourde reconnaît l'existence d'une jurisprudence constante et unanime, sur une période de plus de 25 ans, qui consacre la fermeture véritable d'une entreprise comme cause juste et suffisante au sens de l'art. 17 du Code. Cependant, il allègue qu'il faut s'en écarter au nom de la liberté d'association protégée par la *Charte québécoise* et par la *Charte canadienne des droits et libertés*. La CRT rejette la prétention de l'appelant et conclut qu'aucun arrêt ne permet d'inférer que le respect de la liberté d'association peut obliger un employeur à poursuivre ses activités contre son gré. Elle estime que, dans l'arrêt *Place des Arts*, la Cour suprême a fait siens, sans réserve, les propos du juge Lesage dans *City Buick*. Celui-ci avait déclaré que l'art. 15 du Code interdit de congédier des salariés qui participent à des activités syndicales, mais n'interdit pas de fermer définitivement une entreprise parce qu'on ne veut pas transiger avec un syndicat. Si la fermeture est réelle, véritable et définitive, la cause de la terminaison des emplois est cette fermeture et non les activités syndicales de certains salariés.

[21] La CRT conclut donc que la liberté d'association n'empêche pas un employeur de fermer son entreprise, peu importe la raison.

B. *Cour supérieure du Québec, 2007 QCCS 3165, [2007] J.Q. n° 7019 (QL)*

[22] La juge Corriveau conclut que la jurisprudence reconnaît depuis longtemps que la fermeture véritable d'un établissement constitue une « cause juste et suffisante » au sens de l'art. 17 du Code et que la CRT a donc eu raison de ne pas exiger de Wal-Mart une preuve relative aux motifs de la fermeture du magasin. Elle affirme :

[TRANSLATION] The closure of an establishment is not in itself an action or a sanction against an individual; it is the reason for a loss of employment, and that loss constitutes the action against the employee within the meaning of s. 17 of the *Code*.

Furthermore, it is because the closure of an establishment is the reason for an action and not an action in itself that the courts have historically recognized that closure constitutes “good and sufficient reason” if it is genuine. [paras. 34-35]

[23] Corriveau J. then considered the appellant’s argument that the traditional case law should be disregarded in favour of the freedom of association protected by the *Charters*. In her opinion, although the *Charters* do protect freedom of association, they do not grant a right to a particular form of association. The Code expands the scope of freedom of association for a particular type of association and specifies the conditions for its application. Hence, according to the judge, it is difficult to imagine that the *Charters* themselves can expand the scope of the provisions of the Code.

C. *Quebec Court of Appeal, 2007 QCCA 1210, [2007] J.Q. n° 10678 (QL)*

[24] In brief reasons, Rochon J.A. held that the case did not raise a new issue requiring the intervention of the Court:

[TRANSLATION] The applicant submits, in essence, that evidence of the real, genuine and permanent nature of the closure of the Jonquière store cannot, on its own, whatever the motives may be, constitute a good and sufficient reason. On the contrary, the applicant writes:

Similarly, where the presumption these measures entail applies as a result of activities that are protected by both the *Code* and the *Charter*, there is also a presumption that the *Charter* has been violated.

The applicant’s proposition does not stand up in light of the Supreme Court of Canada’s holding in *I.A.T.S.E., Stage Local 56 v. Société de la Place des Arts de Montréal*, which does not provide support for any questioning of the high court’s recent decision

La fermeture d’un établissement n’est pas, en elle-même, une mesure ou une sanction imposée à un individu; elle est la cause d’une perte d’emploi, laquelle constitue la mesure subie par le salarié au sens de l’article 17 du *Code*.

C’est d’ailleurs parce que la fermeture d’un établissement est la cause d’une mesure et non une mesure en soi que les tribunaux ont, de tout temps, reconnu qu’elle constituait une « autre cause juste et suffisante » lorsqu’elle était véritable. [par. 34-35]

[23] La juge Corriveau examine ensuite la prétention de l’appelant qu’il faut s’écarter de la jurisprudence traditionnelle au nom de la liberté d’association protégée par les chartes. Selon la juge Corriveau, bien que les chartes protègent la liberté d’association, elles n’accordent pas un droit à une forme particulière d’association. Le Code étend la portée du concept de liberté d’association pour un type d’association déterminé et en précise les modalités d’application. Dès lors, selon la juge, on peut difficilement concevoir que les chartes puissent elles-mêmes avoir pour effet d’étendre la portée des dispositions du Code.

C. *Cour d’appel du Québec, 2007 QCCA 1210, [2007] J.Q. n° 10678 (QL)*

[24] Dans de brefs motifs, le juge Rochon a conclu que l’affaire ne soulevait à son avis aucune question nouvelle nécessitant l’intervention de la Cour :

Pour l’essentiel, le requérant soutient que la seule preuve du caractère réel, véritable et définitif de la fermeture du magasin de Jonquière ne peut être l’autre cause juste et suffisante, peu importe les motifs. Au contraire, le requérant écrit :

De la même manière, lorsque l’application de la présomption prévue par ces mesures est déclenchée par des activités qui sont à la fois protégées par le *Code* et la *Charte*, il y a aussi présomption que la *Charte* est violée;

La proposition du requérant ne tient pas à la lumière de l’enseignement de la Cour suprême du Canada dans *A.I.E.S.T., local de scène n° 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, enseignement qui ne permet pas de remettre en cause la récente décision de la Haute

in *Health Services and Support Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*. [paras. 4 and 6]

Accordingly, the application for leave was rejected.

V. Analysis

[25] The multiple proceedings commenced by the union and numerous employees following the closure of the Jonquière store were based on the contention that Wal-Mart is a union-busting employer with a long track record of anti-union activity. In this context, it was alleged that the closing of the Jonquière store was intended not only as a reprisal against Jonquière employees who had chosen to be represented by the union, but to send a “chilling” signal to other Wal-Mart employees at other stores in the Saguenay area and across its retail empire that if they, too, chose to be represented by a union their jobs would be at risk.

A. *Remedies Under Sections 12 to 14 of the Labour Code*

[26] Section 12 of the Code prohibits an employer from in any manner “hindering” the activities of any association of employees. In *Asselin v. Lord*, D.T.E. 85T-193, SOQUIJ AZ-85147041, the Labour Court recognized that s. 12 is available where there is an allegation that closure of a particular workplace reflects anti-union conduct. The Labour Court, while not finding the anti-union conduct to be proved in that case, observed:

[TRANSLATION] If it is not shown that the sole purpose of the closure was to hinder the union’s activities, the employer cannot be found guilty . . . on the basis that the consequences of the closure are so serious that they clearly hinder the union’s activities.

Thus, the Court must be shown that the purpose of the employer’s actions was to hinder the union’s activities or to endeavour to compel an employee to refrain from or to cease exercising a right arising from this *Code* . . . [Emphasis added; p. 46.]

instance dans *Health Services and Support Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*. [par. 4 et 6]

La demande d’autorisation d’appel a donc été rejetée.

V. Analyse

[25] Les multiples recours que le syndicat et de nombreux salariés ont intentés à la suite de la fermeture du magasin de Jonquière s’appuient sur la prétention que Wal-Mart est un employeur qui a de longs antécédents de pratiques antisyndicales. Dans ce contexte, la fermeture du magasin de Jonquière viserait non seulement à punir les salariés de ce magasin qui ont choisi de se faire représenter par un syndicat, mais également à servir une « mise en garde » aux autres salariés de Wal-Mart, dans la région du Saguenay et ailleurs dans son empire de la vente au détail, en leur indiquant qu’ils mettraient eux aussi leurs emplois en péril s’ils choisissaient de se faire représenter par un syndicat.

A. *Les recours fondés sur les art. 12 à 14 du Code du travail*

[26] L’article 12 du Code interdit aux employeurs d’« entraver », de quelque manière que ce soit, les activités d’une association de salariés. Dans *Asselin c. Lord*, D.T.E. 85T-193, SOQUIJ AZ-85147041, le Tribunal du travail a reconnu que l’art. 12 trouve application lorsqu’il est allégué que la fermeture d’un établissement procède d’un comportement antisyndical. Bien qu’il ait conclu que le comportement antisyndical de l’employeur n’avait pas été établi dans cette affaire, le Tribunal du travail a fait la remarque suivante :

S’il n’est pas démontré que la fermeture n’a que pour but d’entraver les activités du syndicat, il ne saurait être question [de] reconnaître l’employeur coupable [de] l’infraction parce que les conséquences de la fermeture sont telles qu’elles entravent évidemment les activités du syndicat.

Il faut donc démontrer au Tribunal que les actes posés par l’employeur ont pour but d’entraver les activités du syndicat, de chercher à contraindre un salarié à s’abstenir ou à cesser d’exercer un droit lui résultant du présent *Code* . . . [Je souligne; p. 46.]

(I am mindful that *Asselin* was decided in a penal context before civil remedies became available with the coming into force of ss. 114, 116, 118 and 119 in 2002: see *An Act to amend the Labour Code, to establish the Commission des relations du travail and to amend other legislative provisions*, S.Q. 2001, c. 26, s. 63; O.C. 1314-2002, (2002) 134 G.O. II, 6129. While relevant to the present debate, *Asselin* should be read in light of that different context.)

[27] The CRT and its predecessor, the Labour Court, have in fact granted relief or imposed a sanction under s. 12 where an employer has *threatened* to close a workplace for anti-union purposes: *Syndicat des travailleurs en communication, électronique, électricité, techniciens et salariés du Canada (C.T.C. — F.T.Q.) v. Schwartz*, [1986] T.T. 165 (penal proceeding); *Bourget v. Matériaux B.G.B. ltée*, D.T.E. 95T-1257, SOQUIJ AZ-95147099 (penal proceeding); *Syndicat des employés de la société chimique Laurentide Inc. v. Lambert*, D.T.E. 85T-523, SOQUIJ AZ-85147077 (penal proceeding); *Teamsters — Conférence des communications graphiques, section locale 555 M v. Joncas Postexperts inc.*, 2008 QCCRT 249, [2008] D.C.R.T.Q. n° 249 (QL) (civil proceeding); *Section locale 175 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier (SCEP) v. Petro-Canada*, 2008 QCCRT 246, [2008] D.C.R.T.Q. n° 246 (QL) (civil proceeding). In *Lagacé v. Laporte*, [1983] T.T. 354, the Labour Court made an order under s. 13 of the Code against an employer who threatened closure as part of its anti-union activities.

[28] Professor Gagnon has explained the purpose of s. 12 as follows:

[TRANSLATION] Union independence implies an absence of both obstacles to and undue interference with legitimate collective action. Thus, the union group, the association of employees, must be able to form, organize and administer itself without being hindered or interfered with by the employer, under the control and according to the wishes only of the employees whose interests it is intended to defend. It is this strictly collective dimension

(J'ai conscience que la décision *Asselin* a été rendue dans le cadre d'un recours pénal avant l'entrée en vigueur des art. 114, 116, 118 et 119 qui ont permis l'exercice de recours civils en 2002 : voir *Loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission des relations du travail et modifiant d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2001, ch. 26, art. 63; décret 1314-2002, (2002) 134 G.O. II, 8045. Ainsi, bien que cette décision soit pertinente en l'espèce, il faut l'interpréter en tenant compte du contexte différent dans lequel elle a été rendue.)

[27] La CRT et son prédécesseur, le Tribunal du travail, ont de fait accordé réparation ou imposé des sanctions sur le fondement de l'art. 12 dans des cas où un employeur a *menacé* de fermer un établissement à des fins antisyndicales : *Syndicat des travailleurs en communication, électronique, électricité, techniciens et salariés du Canada (C.T.C. — F.T.Q.) c. Schwartz*, [1986] T.T. 165 (recours pénal); *Bourget c. Matériaux B.G.B. ltée*, D.T.E. 95T-1257, SOQUIJ AZ-95147099 (recours pénal); *Syndicat des employés de la société chimique Laurentide Inc. c. Lambert*, D.T.E. 85T-523, SOQUIJ AZ-85147077 (recours pénal); *Teamsters — Conférence des communications graphiques, section locale 555 M c. Joncas Postexperts inc.*, 2008 QCCRT 249, [2008] D.C.R.T.Q. n° 249 (QL) (recours civil); *Section locale 175 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier (SCEP) c. Petro-Canada*, 2008 QCCRT 246, [2008] D.C.R.T.Q. n° 246 (QL) (recours civil). Dans *Lagacé c. Laporte*, [1983] T.T. 354, le Tribunal du travail a rendu une ordonnance fondée sur l'art. 13 du Code contre un employeur qui avait menacé de fermer son établissement dans le cadre de manœuvres antisyndicales.

[28] Le professeur Gagnon explique ainsi l'objet de l'art. 12 :

L'autonomie syndicale suppose à la fois l'absence d'entrave à l'action collective légitime et celle d'une ingérence induite dans cette action. Le groupement syndical qu'est l'association de salariés doit ainsi pouvoir se former, s'organiser et s'administrer sans obstacle ni ingérence de la part de l'employeur, sous le seul contrôle et par la seule volonté des salariés dont il est destiné à défendre les intérêts. C'est cette dimension proprement

of the right of association that the legislature had in mind when it enacted section 12, para. 1 L.C.

(R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec* (6th ed. 2008), at p. 337)

See also J.-Y. Brière with the collaboration of J.-P. Villaggi, *Relations de travail* (loose-leaf), vol. 1, at p. 2,402.

[29] A claim under s. 12 is logical because the essential thrust of the appellant's position is *not* that he alone or with some colleagues was singled out for discriminatory treatment but that Wal-Mart targeted generally the rights of *all* employees at the Jonquière store (and elsewhere). Jobs were lost not only by union supporters but by others who were indifferent about the union or who were altogether against union representation.

[30] Accordingly, ss. 12 to 14 were in fact pleaded by Jonquière employees in *Boutin v. Wal-Mart Canada inc.*, in May 2005. However, the *Boutin* proceedings were discontinued on or about December 5, 2007.

[31] A finding in favour of the union under ss. 12 to 14 would have allowed the CRT to exercise its broad remedial powers under ss. 118 and 119 of the Code. Whether the CRT would be as aggressive in fashioning a remedy as its counterparts in some of the other provinces would be for the CRT to determine. Under ss. 12 to 14, however, the employees or their union must prove the existence of anti-union misconduct on a balance of probabilities.

[32] In any event, the issue on this appeal is not whether the Wal-Mart employees at Jonquière had access to *some* remedy under the Code for the store closure if the closure could be shown to be part of a union-busting strategy, but whether ss. 15 to 17 were properly available to have the workplace closure considered a "sanction" and anti-union motivation *presumed* in their favour.

collective du droit d'association que le législateur avait en vue, en édictant l'article 12, al. 1 C.t.

(R. P. Gagnon, *Le droit du travail du Québec* (6^e éd. 2008), p. 337)

Voir également J.-Y. Brière, avec la collaboration de J.-P. Villaggi, *Relations de travail* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 2,402.

[29] Une poursuite fondée sur l'art. 12 est logique parce que l'idée maîtresse de l'argumentation de l'appelant *n'est pas* qu'on lui a réservé un traitement discriminatoire, à lui seul ou à lui et à quelques-uns de ses collègues, mais plutôt que Wal-Mart visait de façon générale les droits de *tous* les salariés du magasin de Jonquière (et d'ailleurs). Les pertes d'emploi n'ont pas touché uniquement les sympathisants du syndicat, mais aussi des personnes que la syndicalisation laissait indifférentes ou qui s'y opposaient totalement.

[30] Ainsi, des salariés de Jonquière ont effectivement invoqué les art. 12 à 14 dans l'affaire *Boutin c. Wal-Mart Canada inc.*, en mai 2005. Toutefois, l'affaire *Boutin* s'est terminée par un désistement vers le 5 décembre 2007.

[31] Une décision favorable au syndicat fondée sur les art. 12 à 14 aurait permis à la CRT d'exercer les larges pouvoirs de réparation que lui confèrent les art. 118 et 119 du Code. La CRT aurait alors pu décider de faire preuve ou non de la même audace que ses homologues de certaines provinces dans la détermination de la réparation à accorder. Suivant les art. 12 à 14, il incombe toutefois aux salariés ou à leur syndicat de démontrer l'existence d'une conduite antisyndicale selon la prépondérance des probabilités.

[32] Quoi qu'il en soit, il ne s'agit pas en l'espèce de déterminer si les salariés de Wal-Mart à Jonquière disposaient d'un recours *quelconque* en vertu du Code par suite de la fermeture du magasin, en démontrant qu'elle s'inscrit dans une stratégie antisyndicale, mais plutôt de savoir s'ils pouvaient invoquer les art. 15 à 17 pour que la fermeture de leur lieu de travail soit considérée comme une « sanction » et que les motifs antisyndicaux soient *présumés*.

B. *The Remedies Under Sections 15 to 17 of the Labour Code*

[33] In this case it was shown to the satisfaction of the CRT that Mr. Plourde had demonstrated a level of union activity that triggered the application of the s. 17 presumption. The burden thus shifted to Wal-Mart to show that the “real cause” of the dismissal was the store closure and that the definitive closure constituted “good and sufficient reason” to justify the dismissal. The CRT concluded that the closure was real and definitive, and that Wal-Mart had therefore discharged its onus under s. 17.

[34] The appellant sought judicial review of the CRT decision. The decision of the CRT on the proper interpretation of a provision of its constituent statute is entitled to a measure of deference and should be reviewed by the courts on a reasonableness standard: *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.

[35] Sections 15 to 17 set out a remedy for any person who is dismissed, suspended, transferred, discriminated against or subjected to reprisals or other sanctions because of exercising rights under the Code. The remedy was added to the Code to address the deficiencies, from the employees’ point of view, of the then penal provisions prohibiting anti-union conduct by employers. A successful prosecution under the previous law was cold comfort to employees who had lost their jobs. The reference in s. 15 to an order to “reinstate such employee in his employment” signals quite unambiguously the legislative contemplation of an ongoing place of employment as the foundation of a successful s. 15 application, although clearly more than one employee may join in a complaint: *Dar v. Manufacturier de bas Iris inc.*, [2000] R.J.D.T. 1632 (Lab. Ct.), motion for judicial review dismissed on January 12, 2001, Sup. Ct. Mtl., No. 500-05-061084-008.

B. *Les recours fondés sur les art. 15 à 17 du Code du travail*

[33] Dans la présente affaire, la preuve a convaincu la CRT que M. Plourde avait participé à suffisamment d’activités syndicales pour bénéficier de la présomption de l’art. 17. Il incombait donc à Wal-Mart d’établir que la fermeture du magasin était la « cause réelle » du congédiement et que la fermeture définitive constituait une « cause juste et suffisante » le justifiant. La CRT a conclu que la fermeture était réelle et définitive et que Wal-Mart s’était par conséquent acquittée du fardeau que lui imposait l’art. 17.

[34] L’appelant a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la CRT. Cette décision, qui porte sur l’interprétation d’une disposition de sa loi habilitante, commande une certaine déférence et la norme de contrôle qui doit lui être appliquée est celle de la décision raisonnable : *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.

[35] Les articles 15 à 17 prévoient un recours pour les personnes qui ont été congédiées, suspendues ou déplacées ou à l’égard desquelles des mesures discriminatoires ont été exercées ou qui ont été soumises à des représailles ou à une sanction à cause de l’exercice d’un droit conféré par le Code. Ce recours a été ajouté au Code pour remédier aux lacunes que comportaient, du point de vue des salariés, les dispositions pénales interdisant aux employeurs tout comportement antisynical. Avoir gain de cause sous le régime de l’ancienne loi procurait un piètre réconfort au salarié qui avait perdu son emploi. Le fait que l’art. 15 parle de « réintégrer ce salarié dans son emploi » indique de façon non ambiguë que le législateur considérait l’existence d’un lieu de travail toujours en activité comme une condition préalable au succès d’une plainte fondée sur l’art. 15, bien qu’il soit clair que la plainte peut être déposée par plus d’un salarié : *Dar c. Manufacturier de bas Iris inc.*, [2000] R.J.D.T. 1632 (T.T.), requête en révision judiciaire rejetée le 12 janvier 2001, C.S. Mtl., n° 500-05-061084-008.

[36] What, then, is the scope of the s. 15 remedy? My colleague's discussion of the U.S. *Wagner Act* and various other historic milestones in North American labour relations is of interest but it is no substitute, with respect, for an analysis of what the Quebec legislature has actually *said* in the relevant statutory provisions. Section 15 authorizes the CRT to

(a) order the employer or a person acting for an employer or an employers' association to reinstate such employee in his employment, within eight days of the service of the decision, with all his rights and privileges, and to pay him as an indemnity the equivalent of the salary and other benefits of which he was deprived due to dismissal, suspension or transfer.

That indemnity is due in respect of the whole period comprised between the time of dismissal, suspension or transfer and that of the carrying out of the order, or the default of the employee to resume his employment after having been duly recalled by his employer.

If the employee has worked elsewhere during the above mentioned period, the salary which he so earned shall be deducted from such indemnity;

(b) order the employer or the person acting for an employer or an employers' association to cancel the sanction or to cease practising discrimination or taking reprisals against the employee and to pay him as an indemnity the equivalent of the salary and other benefits of which he was deprived due to the sanction, discrimination or reprisals.

The CRT has consistently treated the indemnification provisions as limited to the situation of an ongoing business rather than a free-standing power to award damages against employers for anti-union conduct associated with a closed business: *Bélanger v. Hydro-Québec*, D.T.E. 86T-86, SOQUIJ AZ-86147016. See also *Produits Coq d'Or Ltée v. Lévesque*, [1984] T.T. 73; *T.A.S. Communications v. Thériault*, [1985] T.T. 271. This limited role for s. 15 (albeit a powerful role in light of the statutory presumption against the employer) is consistent with the text and purpose of these provisions.

[36] Quelle est donc la portée de la réparation prévue à l'art. 15? L'analyse que fait ma collègue de la *Wagner Act* américaine et de différents jalons de l'histoire des relations du travail en Amérique du Nord est intéressante, mais elle ne saurait remplacer l'analyse de ce que le législateur québécois a effectivement *dit* dans les dispositions législatives pertinentes. L'article 15 autorise la CRT à

a) ordonner à l'employeur ou à une personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs de réintégrer ce salarié dans son emploi, avec tous ses droits et privilèges, dans les huit jours de la signification de la décision et de lui verser, à titre d'indemnité, l'équivalent du salaire et des autres avantages dont l'a privé le congédiement, la suspension ou le déplacement.

Cette indemnité est due pour toute la période comprise entre le moment du congédiement, de la suspension ou du déplacement et celui de l'exécution de l'ordonnance ou du défaut du salarié de reprendre son emploi après avoir été dûment rappelé par l'employeur.

Si le salarié a travaillé ailleurs au cours de la période précitée, le salaire qu'il a ainsi gagné doit être déduit de cette indemnité;

b) ordonner à l'employeur ou à une personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs d'annuler une sanction ou de cesser d'exercer des mesures discriminatoires ou de représailles à l'endroit de ce salarié et de lui verser à titre d'indemnité l'équivalent du salaire et des autres avantages dont l'ont privé la sanction, les mesures discriminatoires ou de représailles.

La CRT a toujours traité les dispositions prévoyant le versement d'une indemnité comme ne s'appliquant que dans le cas d'une entreprise en activité plutôt que comme des dispositions lui conférant le pouvoir distinct de condamner l'employeur à des dommages-intérêts pour un comportement anti-syndical associé à la fermeture d'une entreprise : *Bélanger c. Hydro-Québec*, D.T.E. 86T-86, SOQUIJ AZ-86147016. Voir aussi *Produits Coq d'Or Ltée c. Lévesque*, [1984] T.T. 73; *T.A.S. Communications c. Thériault*, [1985] T.T. 271. Ce rôle restreint de l'art. 15, — quoique puissant, compte tenu de la présomption légale que doit réfuter l'employeur — est compatible avec le texte et l'objet de ces dispositions.

[37] In *Alltour Marketing Support Services Ltd. v. Perras*, D.T.E. 83T-855, SOQUIJ AZ-83147158 (Lab. Ct.), indemnification was awarded only for the interim period between the wrongful dismissal and the time when the provincial board lost jurisdiction because the employer became federally regulated.

[38] Abella J. argues that this interpretation of s. 15 “is to attribute to the legislature an intention to redress only unlawful conduct which can be redressed by reinstatement. Such an ungenerous and impractical intention collides with the approach to remedies in the law of obligations set out in art. 1590 of the *Civil Code of Québec*” (para. 133). This is not so. There is an alternative remedy. It is found in ss. 12 to 14 of the Code. Abella J.’s interpretation, on the other hand, would erode the distinct roles assigned by the legislature to the ss. 12 to 14 group of provisions and the ss. 15 to 19 group. In a workplace closure situation they would be duplicative. My colleague notes that “one of the remedies Plourde seeks is compensation” (para. 146). This is so, but it is in the context of a complaint, which is dated some weeks after the store closed on April 29, 2005, that specifically includes a demand that Wal-Mart be ordered [TRANSLATION] “to reinstate me in or transfer me back to my employment” (see exhibit P-2, A.R., vol. II, at p. 68).

[39] Abella J. also contends that the general remedial powers under ss. 118 and 119 are available to the CRT on a s. 15 application (paras. 140-41). I do not agree. Section 15 provides a summary remedy backed by a presumption against the employer. The legislature has specified in s. 15 the remedies available for its breach. Adding the generality of ss. 118 and 119 remedies to a s. 15 violation would give the s. 17 presumption an expanded (and comprehensive) effect beyond the reinstatement and associated relief contemplated in the ss. 15 to 17 group of provisions for an illegal dismissal. Employees in search of general remedies would never have to establish anti-union misconduct. Its existence

[37] Dans *Alltour Marketing Support Services Ltd. c. Perras*, D.T.E. 83T-855, SOQUIJ AZ-83147158 (T.T.), une indemnité a été accordée seulement pour la période transitoire entre le congédiement injustifié et le moment où la commission provinciale a perdu sa compétence parce que l’employeur était devenu une entreprise régie par la législation fédérale.

[38] La juge Abella soutient que cette interprétation de l’art. 15 « revient à prêter au législateur l’intention de remédier seulement à la conduite illégale qui peut être corrigée par une réintégration. Cette intention peu généreuse et peu réaliste est incompatible avec l’esprit des règles régissant la réparation en droit des obligations énoncées à l’art. 1590 du *Code civil du Québec* » (par. 133). Or, tel n’est pas le cas, puisqu’il existe en fait une autre voie de droit, prévue aux art. 12 à 14 du Code. Par contre, l’interprétation retenue par la juge Abella éroderait les rôles distincts attribués par le législateur aux art. 12 à 14, d’une part, et aux art. 15 à 19, d’autre part. Dans le contexte de la fermeture d’une entreprise, ils feraient double emploi. Ma collègue souligne que, « l’une des réparations demandées par M. Plourde est le versement d’une indemnité » (par. 146). C’est effectivement le cas, mais dans le contexte d’une plainte datée de quelques semaines après la fermeture du magasin le 29 avril 2005, dans laquelle M. Plourde demandait expressément qu’il soit ordonné à Wal-Mart « de [l]e réintégrer ou [l]e replacer dans [s]on emploi » (voir pièce P-2, d.a., vol. II, p. 68).

[39] La juge Abella affirme également que la CRT peut exercer les pouvoirs de réparation généraux que lui confèrent les art. 118 et 119 dans le contexte d’un recours fondé sur l’art. 15 (par. 140-141). Je ne suis pas d’accord. L’article 15 prévoit une procédure sommaire assortie d’une présomption contre l’employeur. Le législateur énumère à l’art. 15 les mesures de réparation susceptibles d’être accordées pour les manquements visés dans cette disposition. Ajouter les mesures réparatrices générales prévues par les art. 118 et 119 à celles de l’art. 15 aurait pour effet d’étendre (et de généraliser) la portée de la présomption de l’art. 17 de façon qu’elle ne s’applique plus uniquement à la réintégration et aux

would always be presumed in their favour as soon as they established they had exercised “a right arising from this Code”. This, in my view, would significantly alter the balance between employers and employees intended by the Quebec legislature. The better view, I believe, is that where employees seek relief under the general remedial provisions of the Code, their remedy lies under ss. 12 to 14, as already discussed.

[40] On the other hand nothing in these reasons affects the full range of relief available from the CRT under ss. 15 to 19 in situations where the workplace continues in existence. In these situations, s. 15(b) provides that the CRT may order the employer to cancel an illegal sanction. Where the illegal sanction falls short of dismissal, the issue of reinstatement does not arise and lesser remedies will be considered. I will say nothing further about “lesser remedies” because the issue in this appeal is limited to the availability of the s. 17 presumption where the plaintiff seeks relief against an illegal dismissal. The relief available when ss. 15 to 19 are properly invoked in the context of a lesser sanction has not been put in issue before us and the scope of this judgment is limited accordingly.

C. *This Court’s Recent Decision in Place des Arts (2004) Grew Out of 45 Years of Consistent Quebec Jurisprudence on Workplace Closures*

[41] In *Place des Arts*, at para. 28, the judgment of our Court adopted and expressly agreed with certain observations made by Judge Lesage in *City Buick*, in the context of the s. 17 presumption:

[TRANSLATION] In our free enterprise system, there is no legislation to oblige an employer to remain in

réparations connexes prévues aux art. 15 à 17 en cas de congédiement illégal. Le salarié qui voudrait bénéficier d’une mesure de réparation générale n’aurait jamais à faire la preuve d’un comportement antisyndical. Il bénéficierait toujours d’une présomption à cet égard, à la seule condition qu’il soit établi qu’il a exercé « un droit qui lui résulte du présent code ». À mon avis, cela bouleverserait sensiblement l’équilibre que le législateur québécois a voulu établir entre employeurs et salariés. Selon moi, il faut plutôt retenir le point de vue voulant que le recours approprié pour un salarié qui veut obtenir réparation en vertu des dispositions générales du Code en matière de réparation est celui prévu aux art. 12 à 14, comme nous l’avons vu.

[40] Par contre, les présents motifs ne restreignent en rien l’éventail des réparations que la CRT peut accorder en vertu des art. 15 à 19 lorsque le lieu de travail existe toujours. Dans ces situations, l’al. 15b) permet à la CRT d’ordonner à l’employeur d’annuler une sanction illégale. Lorsque la sanction illégale est moindre qu’un congédiement, la question de la réintégration ne se pose pas et une réparation moindre sera envisagée. Je n’en dirai pas plus au sujet des « réparations moindres », car la question soulevée dans le présent pourvoi se limite à savoir si le plaignant qui demande réparation pour congédiement illégal peut bénéficier de la présomption de l’art. 17. La question de la réparation qui peut être accordée lorsque les art. 15 à 19 sont invoqués à bon droit dans le contexte d’une sanction moindre ne nous a pas été soumise. La portée du présent jugement est donc limitée en conséquence.

C. *L’arrêt récent de notre Cour dans Place des Arts (2004) s’appuie sur 45 ans de jurisprudence constante au Québec en matière de fermeture d’entreprise*

[41] Dans *Place des Arts*, au par. 28, notre Cour a adhéré et expressément souscrit à certaines des remarques formulées par le juge Lesage dans *City Buick*, dans le contexte de la présomption de l’art. 17 :

Dans notre système d’économie libérale, il n’existe aucune législation obligeant un employeur à demeurer

business and to regulate his subjective reasons in this respect. . . . If an employer, for whatever reason, decides as a result to actually close up shop, the dismissals which follow are the result of ceasing operations, which is a valid economic reason not to hire personnel, even if the cessation is based on socially reprehensible considerations. What is prohibited is to dismiss employees engaged in union activities, not to definitively close a business because one does not want to deal with a union or because a union cannot be broken, even if the secondary effect of this is employee dismissal. [Emphasis added; italics in original deleted; p. 26.]

Accordingly, these words can no longer be dismissed as merely the expression of the Quebec Labour Court in 1981. The words express the unanimous view of the Supreme Court of Canada in 2004.

[42] In ruling that s. 15 is not appropriate in a workplace closure situation, the CRT in this case thus drew from a long line of authority commencing over 45 years ago. In *Maresq et Brown Bovari (Canada) Ltd.*, [1963] R.D.T. 242, a case that did not involve a workplace closure but the dismissal of a single employee, Judge Alan Gold of the Magistrate's Court of Quebec, then vice-chairman of the Labour Relations Board, stated at p. 246:

Thus, in order to decide whether or not the Act has been violated, we must, of necessity, consider the reason indicated by the employer for discharging his employee but our consideration must be solely directed to determine if this reason is the real and determining reason — the *causa causans* of the dismissal — or only a simulated reason given to mask the real reason, which is the employee's trade union activity and which has brought about the employer's displeasure. It is not for us to sit as a board of review upon the employer's decision other than to decide the sincerity of his action. [Emphasis added.]

In *Maresq*, the employee was fired at a time when he was taking part in union organizing, but the court was satisfied that the employer did not know that. The employee was held to have been fired for “fair and sufficient” reasons.

en affaire et [é]glementant ses motifs subjectifs à cet égard. [. . .] Si un employeur, pour quelque raison que ce soit, décide par conséquent de véritablement fermer boutique, les congédiements auxquels il procède sont causés par la cessation des activités, ce qui est une raison économique valable de ne pas engager de personnel, même si cette cessation est mue par des motifs condamnables socialement. Ce qui est interdit, c'est de congédier des salariés qui font des activités syndicales, ce n'est pas fermer définitivement une entreprise parce qu'on ne veut pas transiger avec un syndicat ou qu'on ne peut lui briser les reins, même si cela a pour effet secondaire de congédier les salariés. [Je souligne; italiques dans l'original omis; p. 26.]

Par conséquent, ces propos ne peuvent être rejetés sous prétexte qu'il s'agit simplement de l'opinion exprimée par le Tribunal du travail du Québec en 1981. Ils reflètent le point de vue unanime exprimé par la Cour suprême du Canada en 2004.

[42] En concluant que l'art. 15 ne s'applique pas dans le cas de la fermeture d'une entreprise, la CRT s'est donc appuyée en l'espèce sur une longue série de décisions dont la première remonte à plus de 45 ans. Dans *Maresq et Brown Bovari (Canada) Ltd.*, [1963] R.D.T. 242, une affaire où il était question non pas de la fermeture d'un établissement, mais du congédiement d'un seul salarié, le juge Alan Gold de la Cour du magistrat du Québec, alors vice-président de la Commission des relations ouvrières, a écrit ce qui suit, à la p. 246 :

[TRADUCTION] Ainsi, afin de décider s'il y a eu ou non violation de la Loi, nous devons, nécessairement, examiner la raison invoquée par l'employeur pour congédier son employé, mais notre examen doit uniquement viser à déterminer si cette raison est la raison véritable et déterminante — la *causa causans* du congédiement — ou un simple prétexte pour camoufler la raison réelle, soit les activités syndicales de l'employé qui ont suscité le mécontentement de l'employeur. Il ne nous appartient pas de siéger comme tribunal d'appel de la décision de l'employeur, sauf pour décider de la sincérité de son action. [Je souligne.]

Dans cette affaire, à l'époque où il a été congédié, le salarié prenait part à l'organisation d'un syndicat, mais la cour était convaincue que l'employeur ne le savait pas et elle a statué que le salarié avait été congédié pour une cause « juste et suffisante ».

[43] Judge Gold's *causa causans* approach was followed in a number of cases including by the Labour Court in *Industrielle (L'), Compagnie d'assurance sur la vie v. Nadeau*, [1978] T.T. 175, and by the Quebec Court of Appeal in *Société des Hôtels Méridien Canada Ltée v. Tribunal du travail*, 80 CLLC ¶ 14,026, and *Hilton Québec Ltée v. Tribunal du travail*, C.A. Québec, No. 200-09-000312-782, January 16, 1979.

[44] The issue came before this Court in *Lafrance*, where Chouinard J. said:

It remains for the Court to resolve the principal question raised by this appeal, namely the meaning of the phrase "another good and sufficient reason" in s. 16 [now s. 17] and the scope of the jurisdiction of the investigation commissioner and of the Labour Court on appeal.

From the outset it has been held that this phrase means that the investigation commissioner must be satisfied that the other reason relied on by the employer is of a substantial nature and not a pretext, and that it constitutes the true reason for the dismissal. [p. 544]

(See also *Hilton Québec*, per Chouinard J., at p. 550.)

[45] The next case in this chain of pedigree is *City Buick*, to which extensive reference has already been made. Unlike *Maresq*, which involved the dismissal of a single employee, *City Buick* arose out of the closure of a business. The comments in that case, now backed by *Place des Arts*, that a real and definitive workplace closure is a complete answer to any attempt to invoke the s. 17 presumption are therefore applicable to this appeal.

[46] In Quebec (and elsewhere) the firing of a single employee often merits heightened scrutiny (e.g. the imposition of the reverse onus that requires an employer to prove that it has a good and sufficient reason for firing an employee who was at the time engaged in protected union-related activity), but in Quebec the CRT and the courts have not thought it appropriate to impose such a reverse onus in the case of the closure of an entire plant. The Quebec view is that the immediate reason the employees

[43] L'approche du juge Gold, fondée sur la *causa causans*, a été appliquée dans plusieurs décisions, notamment par le Tribunal du travail dans *Industrielle (L'), Compagnie d'assurance sur la vie c. Nadeau*, [1978] T.T. 175, et par la Cour d'appel du Québec dans *Société des Hôtels Méridien Canada Ltée c. Tribunal du travail*, 80 CLLC ¶ 14,026, et *Hilton Québec Ltée c. Tribunal du travail*, C.A. Québec n° 200-09-000312-782, 16 janvier 1979.

[44] La question a été soumise à notre Cour dans *Lafrance*, où le juge Chouinard dit ce qui suit :

Il reste à déterminer la question principale soulevée par ce pourvoi soit le sens de l'expression « autre cause juste et suffisante » à l'art. 16 [maintenant l'art. 17] et l'étendue de la juridiction du commissaire-enquêteur ainsi que du Tribunal du travail en appel.

Dès le début il a été jugé que cette expression signifie que le commissaire-enquêteur doit être satisfait que l'autre cause invoquée par l'employeur est une cause sérieuse, par opposition à un prétexte, et qu'elle constitue la cause véritable du congédiement. [p. 544]

(Voir aussi *Hilton Québec*, le juge Chouinard, p. 550.)

[45] La prochaine décision de cette série est *City Buick*, à laquelle je me suis déjà abondamment reporté. Contrairement à l'affaire *Maresq*, qui portait sur le congédiement d'un seul salarié, l'affaire *City Buick* découlait de la fermeture d'une entreprise. Les remarques formulées dans cette décision, approuvées dans *Place des Arts*, selon lesquelles la fermeture réelle et définitive d'un établissement constitue une défense complète à toute tentative d'invoquer la présomption de l'art. 17, trouvent donc application en l'espèce.

[46] Au Québec (et ailleurs) le congédiement d'un seul salarié commande souvent un examen des plus rigoureux (p. ex., le fardeau de la preuve inversé oblige l'employeur à démontrer une cause juste et suffisante au congédiement du salarié qui participait à des activités syndicales protégées à l'époque pertinente), mais au Québec la CRT et les tribunaux n'ont pas jugé bon d'inverser ainsi le fardeau de la preuve dans le cas de la fermeture complète d'une entreprise. Selon l'approche adoptée au Québec, la

were dismissed is that their jobs no longer existed because of the closure. The reason for the closure is a more remote question which, it was held, is not to be determined on a s. 15 application.

[47] In *Maresq*, Judge Gold had said that the real reason for the dismissal *was* relevant (i.e. the court would not accept “a simulated reason given to mask the real reason, which is the employee’s trade union activity and which has brought about the employer’s displeasure”) whereas Judge Lesage said that in the case of a closure the employer’s decision to close [TRANSLATION] “for whatever reason [including] socially reprehensible considerations” (emphasis added) would not be reviewed under s. 17. A closure, for whatever reason, was still a closure, making reinstatement impossible. The decision of Judge Lesage has been followed consistently in Quebec in workplace closure situations (see, e.g., *Caya v. 1641-9749 Québec Inc.*, D.T.E. 85T-242, SOQUIJ AZ-85147051 (Lab. Ct.); *Bérubé v. Groupe Samson Inc.*, D.T.E. 85T-932, SOQUIJ AZ-85147126 (Lab. Ct.); *Ouellette v. Restaurants Scott Québec Ltée*, D.T.E. 88T-546, SOQUIJ AZ-88147062 (Lab. Ct.); *Entreprises Bérou inc. v. Arsenault*, [1991] T.T. 312).

D. Policy Concerns

[48] The ss. 15 to 17 procedure is designed to deal in a summary way with complaints of employees who claim to have been suspended, fired, or otherwise disciplined for engaging in union conduct. The presumption arises easily, i.e. anytime an employee is shown to be involved in any form of union activity. It is difficult to rebut. Any taint of anti-union animus will be fatal to the employer’s defence in a “mixed motive” decision, even if the employer had other good reasons for the sanction, as pointed out by the Quebec Court of Appeal in *Silva v. Centre hospitalier de l’Université de Montréal — Pavillon Notre-Dame*, 2007 QCCA 458, [2007] R.J.D.T. 363, at para. 4:

cause immédiate du congédiement des salariés est la disparition de leurs postes par suite de la fermeture. La question de savoir ce qui a motivé la fermeture n’a pas un rapport aussi direct avec le congédiement et, selon les tribunaux, elle ne doit pas être tranchée dans le cadre d’une demande fondée sur l’art. 15.

[47] Dans *Maresq*, le juge Gold a affirmé que la raison réelle du congédiement *est* pertinente (c.-à-d. que la cour n’accepterait pas [TRANSLATION] « un simple prétexte pour camoufler la raison réelle, soit les activités syndicales de l’employé qui ont suscité le mécontentement de l’employeur ») alors que, selon le juge Lesage, dans le cas d’une fermeture, la décision de l’employeur de cesser ses activités « pour quelque raison que ce soit, [y compris pour] des motifs condamnables socialement » (je souligne) ne serait pas révisée en application de l’art. 17. La fermeture, quelle qu’en soit la cause, demeure une fermeture qui rend la réintégration impossible. La décision du juge Lesage a été suivie de façon constante au Québec dans le cas de la fermeture d’un lieu de travail (voir, p. ex. : *Caya c. 1641-9749 Québec Inc.*, D.T.E. 85T-242, SOQUIJ AZ-85147051 (T.T.); *Bérubé c. Groupe Samson Inc.*, D.T.E. 85T-932, SOQUIJ AZ-85147126 (T.T.); *Ouellette c. Restaurants Scott Québec Ltée*, D.T.E. 88T-546, SOQUIJ AZ-88147062 (T.T.); *Entreprises Bérou inc. c. Arsenault*, [1991] T.T. 312).

D. Considérations de politique générale

[48] Le recours fondé sur les art. 15 à 17 vise à traiter, selon une procédure sommaire, les plaintes des salariés qui allèguent avoir subi une suspension, un congédiement ou une autre sanction pour avoir participé à des activités syndicales. La présomption trouve facilement application, dès qu’il est démontré que le salarié a participé à une activité syndicale quelconque. Elle est difficile à réfuter. Comme l’a souligné la Cour d’appel du Québec dans *Silva c. Centre hospitalier de l’Université de Montréal — Pavillon Notre-Dame*, 2007 QCCA 458, [2007] R.J.D.T. 363, au par. 4, le moindre anti-syndicalisme qui entache une décision procédant de « motifs multiples » contrera la défense de l’employeur, même en présence d’autres raisons valables d’imposer la sanction :

[TRANSLATION] [W]here the motive for a sanction is unlawful, or where an unlawful motive is accompanied by a lawful one, the presumption of section 17 of the *Labour Code* is not rebutted. [Emphasis added.]

In so concluding, the Court of Appeal referred with approval to Professor Gagnon's observation that [TRANSLATION] "it will not be necessary for the C.R.T. to separate the lawful and unlawful considerations that may have contributed to motivating the employer. A decision tainted by an unlawful motive is fatally flawed, regardless of whether that unlawful motive was the deciding factor" (*Le droit du travail du Québec* (5th ed. 2003), at pp. 274-75 (emphasis added)).

[49] Similarly, the CRT held in *St-Hilaire v. Sûreté du Québec*, 2003 QCCRT 559, [2003] D.C.R.T.Q. n° 559 (QL), that the employer could not succeed where the fact the employee had filed a grievance had played a role in its decision not to renew her contract, even though other legitimate motives existed. The CRT affirmed that [TRANSLATION] "where an unlawful motive has contributed to a decision to dismiss, it changes the very nature of the decision, which can no longer be considered to be good and sufficient. By analogy, if just one drop of poison is placed in a vase full of water, 'all the water in the vase is irreparably contaminated'" (para. 139). See also: *Jalbert v. Sobey's Québec*, 2007 QCCRT 608, [2007] D.C.R.T.Q. n° 608 (QL), at para. 38, and *Arsenault v. C & D Aerospace inc.*, 2006 QCCRT 654, [2006] D.C.R.T.Q. n° 654 (QL), at para. 120. None of these cases involved workplace closures. From the employees' point of view, the sufficiency of a mere "taint" in a mixed motive situation considerably alleviates the difficulty of proof against the employer.

[50] The appellant points out, rightly, that the employer is generally in a better position than the employees to demonstrate "the real reason" behind the workplace closure but the respondent also has a valid point that the legislator could reasonably adopt the policy that the simple existence of union activity prior to a closure should not, by itself, be sufficient to require the employer to open up its books to justify to the CRT's satisfaction that management's decision is untainted in any way by the

[D]ès que la sanction procède d'un motif illicite, ou que celui-ci cohabite avec un autre motif qui lui est licite, alors la présomption de l'article 17 du *Code du travail* n'est pas repoussée. [Je souligne.]

La Cour d'appel a cité à l'appui de cette conclusion la remarque du professeur Gagnon selon laquelle « il n'y aura pas lieu pour la C.R.T. de départager les considérations licites et illicites qui ont pu concourir dans la motivation de l'employeur. La décision entachée d'un motif illégal est irrémédiablement viciée, sans qu'il soit question de déterminer si le motif illégal a été déterminant » (*Le droit du travail du Québec* (5^e éd. 2003), p. 274-275 (je souligne)).

[49] De même, la CRT a statué dans *St-Hilaire c. Sûreté du Québec*, 2003 QCCRT 559, [2003] D.C.R.T.Q. n° 559 (QL), que l'employeur ne pouvait avoir gain de cause lorsque le dépôt d'un grief par le salarié avait influé sur sa décision de ne pas renouveler son contrat et ce, malgré l'existence d'autres motifs légitimes. La CRT a statué que « dès qu'un motif illégal participe à la décision de congédier, il modifie la nature même de cette décision qui ne peut, dès lors, être jugée juste et suffisante. Par analogie, si l'on verse, dans un vase d'eau, ne serait-ce qu'une goutte de poison, "cela a pour effet de contaminer irrémédiablement toute l'eau du vase" » (par. 139). Voir également : *Jalbert c. Sobey's Québec*, 2007 QCCRT 608, [2007] D.C.R.T.Q. n° 608 (QL), par. 38, et *Arsenault c. C & D Aerospace inc.*, 2006 QCCRT 654, [2006] D.C.R.T.Q. n° 654 (QL), par. 120. Aucune de ces décisions ne concernait la fermeture d'une entreprise. Du point de vue des salariés, le fait qu'il suffit que la décision procédant de motifs multiples soit simplement « entachée » facilite considérablement la preuve contre l'employeur.

[50] L'appelant souligne à juste titre que l'employeur est généralement mieux en mesure que le salarié d'établir « la raison réelle » de la fermeture, mais l'intimée fait valoir, tout aussi judicieusement, que le législateur pouvait raisonnablement adopter la politique générale selon laquelle la simple existence d'activités syndicales pendant la période précédant la fermeture ne devrait pas, à elle seule, justifier que l'employeur soit tenu d'ouvrir ses livres pour convaincre la CRT que la décision des

union activity. The Quebec legislature saw fit not to modify the Code to overrule *City Buick* when extensive amendments were made to the Code in 2001. When questioned in 2001 about the potential scope of the CRT's powers under s. 119, and specifically whether these encompassed the power to prevent a business from closing, the Minister of Labour at the time, Mr. Rochon, responded:

[TRANSLATION] Mr. Rochon (Charlesbourg): ... the Labour Code does not provide that a business can be prevented from closing or moving. That's impossible. What the Commission can order someone to do is limited to what the Code allows it to order, and in this regard the Code cannot prevent an employer from doing as it wishes with that business.

It seems clear therefore that the Minister, and through the Minister the other members of the National Assembly, were aware of the doctrine set out in *City Buick* and the cases that followed it. The Minister continued:

[TRANSLATION] If there was an action — an unfair practice — that involved shutting down a business solely to, as they say, bust a union, there may be other measures — under the penal code or otherwise — to take, but it is not the Commission, under the Code, that would be able to step in to prevent the business from closing. [Emphasis added.]

(*Journal des débats de la Commission permanente de l'économie et du travail*, vol. 37, No. 22, 2nd Sess., 36th Leg., May 29, 2001, at p. 47)

It seems clear, therefore, that whatever “other measures” might be available, the legislators understood that the Code as it stood in 2001 did not authorize the CRT to grant s. 15 relief after a workplace had shut its doors and when the Code was subsequently amended in 2001, the legislators did not see fit to make any amendments relevant to that issue.

E. *The Relevance of This Court's Decision in Place des Arts (2004)*

[51] As stated, the relevant *dicta* from *City Buick* was accepted as correct by this Court in *Place*

dirigeants n'a rien à voir avec ces activités. Lorsque le législateur québécois a apporté d'importantes modifications au Code en 2001, il a jugé bon de ne pas en inclure une qui écarterait l'application de *City Buick*. En 2001, lorsqu'on lui a posé des questions sur l'étendue potentielle des pouvoirs conférés à la CRT par l'art. 119, et qu'on lui a demandé plus particulièrement s'ils incluaient celui d'empêcher la fermeture d'une entreprise, le ministre du Travail de l'époque, M. Rochon, a répondu ce qui suit :

M. Rochon (Charlesbourg) : ... le Code du travail ne prévoit pas qu'on peut empêcher une entreprise de fermer ou de déménager. C'est impossible. La Commission est restreinte, dans ce qu'elle peut ordonner de faire, à ce que le Code permet de faire, et le Code ne peut pas empêcher un employeur de faire ce qu'il veut à cet égard avec cette entreprise.

Il semble donc clair que le ministre et, par son entremise, les autres membres de l'Assemblée nationale, étaient au courant du principe énoncé dans *City Buick* et des décisions qui l'ont suivie. Le ministre a d'ailleurs ajouté :

S'il y avait une mesure, une pratique déloyale, qu'on ferme une entreprise que pour, comme on dit, briser un syndicat, il peut y avoir d'autres mesures — code pénal ou quoi que ce soit — qui peuvent se prendre, mais c'est pas la Commission, en vertu du Code, qui pourrait intervenir pour empêcher la fermeture de l'entreprise. [Je souligne.]

(*Journal des débats de la Commission permanente de l'économie et du travail*, vol. 37, n° 22, 2^e sess., 36^e lég., 29 mai 2001, p. 47)

De toute évidence, quelles que soient les « autres mesures » disponibles, le législateur comprenait donc que le Code, tel qu'il était libellé en 2001, ne permettait pas à la CRT d'accorder une réparation en vertu de l'art. 15 après la fermeture d'une entreprise et n'a pas cru bon d'y changer quoi que ce soit lorsqu'il a modifié le Code en 2001.

E. *La pertinence de l'arrêt Place des Arts (2004) de notre Cour*

[51] Comme nous l'avons vu, la remarque incidente formulée dans *City Buick* a été approuvée par

des Arts. However, this case should not be read as broadly as Wal-Mart contends. The comments of Gonthier J. must be read in context. In that case the employer, after a protracted strike, decided to discontinue providing technical services to its tenants and other performers. Tenants and others were thereafter left to provide such technical services for themselves. The union complained under s. 109.1(b) of the Code that Place des Arts was thereby “utilizing” the employees of other employers to do the job of the strikers. The union sought to enjoin the use of substitute workers. This Court took the view that the complaint and the proposed remedy contemplated the continued existence of an ongoing undertaking by the Place des Arts technical services group which on the evidence no longer existed. That was the *ratio decidendi* of the case. In that context resort was made to the *City Buick* line of cases. This Court endorsed the view that no legislation obliges an employer to remain in business. However, Gonthier J. did not suggest that the closure immunized the employer from any consequences or that there was no remedy anywhere under the Code to provide for compensation to the terminated employees, or other relief or remedy, on proof that the termination was for anti-union reasons.

[52] I do not believe that *Place des Arts* should be read as holding that closure immunizes an employer from all financial consequences of related unfair labour practices. As the Canada Industrial Relations Board (“CIRB”) suggested in *Crawford Transport Inc. and Teamsters, Local 879* (2006), 146 C.L.R.B.R. (2d) 234:

It is important to keep in mind that the Supreme Court’s analysis [in *Place des Arts*] was made in the context of whether there had been a violation, in light of the particular wording of a provision under Quebec’s labour legislation prohibiting the use of replacement workers. . . . [T]hat decision, despite its confirmation of the right of enterprises to genuinely go out of business,

notre Cour dans *Place des Arts*. Toutefois, il ne faut pas accorder à cet arrêt une portée aussi grande que celle que Wal-Mart lui attribue. Il faut interpréter les observations du juge Gonthier dans leur contexte. Dans cette affaire, l’employeur a décidé, après une grève prolongée, de cesser de fournir des services techniques à ses locataires et à d’autres artistes qui devaient désormais se procurer ces services eux-mêmes. Le syndicat a déposé une plainte sur le fondement de l’al. 109.1b) du Code, alléguant que la Place des Arts « utilisait » de la sorte les services de personnes à l’emploi d’autres employeurs pour effectuer le travail des grévistes. Le syndicat a cherché à faire interdire l’utilisation de travailleurs de remplacement. Notre Cour a jugé que la plainte et la réparation sollicitée supposaient l’existence et la poursuite des activités de l’entreprise de prestation de services techniques de la Place des Arts alors que, suivant la preuve, cette entreprise n’existait plus. C’était là le motif déterminant de cet arrêt. Dans ce contexte, la Cour s’est appuyée sur le courant jurisprudentiel amorcé par *City Buick*. Elle a retenu le point de vue voulant qu’aucune loi n’oblige un employeur à poursuivre ses activités. Le juge Gonthier n’a cependant pas laissé entendre que la fermeture immunisait l’employeur contre toute conséquence résultant de sa décision ou que le Code n’offrait aucun recours pouvant permettre aux salariés congédiés d’être indemnisés ou d’obtenir une autre réparation s’il était établi que les congédiements procédaient de raisons antisyndicales.

[52] Je ne crois pas que l’arrêt *Place des Arts* signifie qu’une fermeture protège l’employeur de toutes les conséquences financières de ses pratiques déloyales connexes. Comme le Conseil canadien des relations industrielles (« CCRI ») le signale dans *Crawford Transport Inc. (Re)*, [2006] D.C.C.R.I. n° 28 (QL) :

Il est important de garder à l’esprit que la Cour suprême [dans *Place des Arts*] a fait son analyse dans le contexte où la question à trancher était s’il y avait eu violation, par rapport au libellé particulier d’une disposition d’une loi du Québec interdisant l’utilisation de travailleurs de remplacement. [. . .] [C]ette décision, même si elle confirme le droit d’une entreprise de

does not stand for the proposition that there can never be a finding of a Code violation in the context where an employer subsequently discontinues or transforms its business. [para. 90]

[53] In *Pegasus Express Inc. and Teamsters, Local 880* (2006), 140 C.L.R.B.R. (2d) 77, the employer had closed its business rather than comply with a previous CIRB cease and desist order in respect of an unfair labour practice. Following *Place des Arts*, the CIRB held it was not open to it to order the employer to reopen its business. In the CIRB's view, *Place des Arts* had affirmed "that there is no legal limitation on an employer's decision to close its business" (para. 27) yet the CIRB held that under the federal Labour Code relief could be awarded in respect of associated unfair labour practices.

[54] What, then, is the effect of *Place des Arts*? In my view, in affirming that "there is no legislation [in Quebec] to oblige an employer to remain in business" and that the "dismissals which follow are the result of ceasing operations", the effect of *Place des Arts* is to exclude in a workplace closure situation the application of s. 17. This is because our Court adopted the proposition that the remedial order presupposed an ongoing business. In this situation, a workplace closure is a complete answer. However, *Place des Arts* does not stand for the more sweeping proposition that closure wipes the employer's record clean and immunizes it from any financial consequences for associated unfair labour practices. Nor does it preclude a finding that the closure *itself* constitutes an unfair labour practice aimed at hindering the union or the employees from exercising rights under the Code. The appropriate remedies for employees as well as the union simply exist elsewhere under the Code, and in particular under ss. 12 to 14 relating to unfair labour practices.

fermer véritablement ses portes, n'appuie pas la proposition selon laquelle on ne peut jamais conclure à une violation du Code dans le contexte où un employeur abandonne ou transforme subséquemment ses activités commerciales. [par. 90]

[53] Dans *Pegasus Express Inc. (Re)*, [2006] D.C.C.R.I. n° 22 (QL), l'employeur avait fermé son entreprise au lieu de se conformer à une ordonnance de cessation et d'abstention d'une pratique déloyale de travail rendue par le CCRI. Suivant l'arrêt *Place des Arts*, le CCRI a conclu qu'il n'avait pas le pouvoir d'ordonner la réouverture de l'entreprise. Après avoir mentionné que notre Cour avait conclu dans *Place des Arts* que « la jurisprudence n'impose aucune restriction sur la décision d'un employeur de cesser ses activités » (par. 27), le CCRI a néanmoins statué qu'une réparation pouvait être accordée sous le régime du *Code canadien du travail* pour des pratiques déloyales de travail.

[54] Quel est donc l'effet de l'arrêt *Place des Arts*? À mon avis, en affirmant qu'« il n'existe aucune législation [au Québec] obligeant un employeur à demeurer en affaire » et que « les congédiements auxquels il procède sont causés par la cessation des activités », l'arrêt *Place des Arts* a pour effet d'exclure l'application de l'art. 17 lorsqu'un employeur ferme son entreprise. Il en est ainsi parce que notre Cour a retenu la thèse selon laquelle l'ordonnance accordant réparation présuppose l'existence d'une entreprise active. Dans les circonstances, la fermeture de l'entreprise constitue une défense complète. Toutefois, l'arrêt *Place des Arts* ne pose pas le principe plus large selon lequel la cessation des activités remet le compteur à zéro et immunise l'employeur contre les conséquences financières de ses pratiques déloyales connexes. Il n'empêche pas non plus de conclure que la fermeture *elle-même* constitue une pratique déloyale de travail visant à entraver les activités du syndicat ou à empêcher les salariés d'exercer les droits que leur confère le Code. Les recours appropriés, dont disposent les salariés et le syndicat, sont simplement prévus ailleurs dans le Code, et plus particulièrement aux art. 12 à 14, qui concernent les pratiques déloyales de travail.

F. *The Constitutional Argument*

[55] The appellant and interveners in his support argue that the foregoing jurisprudence should be modified in light of the decision in this Court in *Health Services*. In that case, the Court recognized that the freedom of association protected by s. 2(d) of the *Canadian Charter* includes a procedural right to collective bargaining. The majority formulated the constitutional proposition as follows:

The right to collective bargaining thus conceived is a limited right. First, . . . the right is to a process, it does not guarantee a certain substantive or economic outcome. Moreover, the right is to a general process of collective bargaining, not to a particular model of labour relations, nor to a specific bargaining method. As P. A. Gall notes, it is impossible to predict with certainty that the present model of labour relations will necessarily prevail in 50 or even 20 years [Emphasis added; para. 91.]

[56] The appellant's argument extends the reasoning in *Health Services* well beyond its natural limits. In that case the state was not only the legislator but the employer. Here the employer is a private corporation. Section 3 of the Code guarantees the right of association to workers in Quebec. Other provisions implement this general guarantee. The legislature has crafted a balance between the rights of labour and the rights of management in a way that respects freedom of association. No argument was raised by the appellant or any of the interveners against the constitutionality of *any* provisions of the Code, or claimed that in its entirety the Code fails to respect freedom of association. The appellant says the interpretation of the Code should be developed to reflect "*Charter values*", but the entire Code is the embodiment and legislative vehicle to implement freedom of association in the Quebec workplace. The Code must be read as a whole. It cannot be correct that the Constitution requires that every provision (including s. 17) must be interpreted to favour the union and the employees.

F. *L'argument constitutionnel*

[55] L'appellant et les intervenants qui l'appuient soutiennent qu'il y a lieu de reconsidérer la jurisprudence susmentionnée compte tenu de l'arrêt que notre Cour a rendu dans *Health Services*. Dans ce pourvoi, notre Cour a reconnu que la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne* comprend le droit procédural de négocier collectivement. Les juges majoritaires ont énoncé le principe constitutionnel suivant :

Ainsi défini, le droit de négociation collective demeure un droit à portée restreinte. Premièrement, [. . .] il concerne un processus, il ne garantit pas l'atteinte de résultats quant au fond de la négociation ou à ses effets économiques. Deuxièmement, il confère le droit de participer à un processus général de négociation collective et non le droit de revendiquer un modèle particulier de relations du travail ou une méthode particulière de négociation. Comme le fait remarquer P. A. Gall, on ne saurait prédire avec certitude si le modèle actuel des relations du travail sera celui qui s'imposera dans 50 ou même 20 ans . . . [Je souligne; par. 91.]

[56] L'argument de l'appellant élargit la portée du raisonnement exposé dans *Health Services* bien au-delà de ses limites naturelles. Dans cette affaire, l'État était non seulement le législateur, mais également l'employeur, alors qu'en l'espèce l'employeur est une société privée. L'article 3 du Code protège le droit d'association des salariés du Québec. D'autres dispositions mettent en œuvre cette garantie générale. Le législateur a établi un équilibre entre les droits des salariés et les droits de la direction d'une manière qui respecte la liberté d'association. L'appellant et les intervenants n'ont invoqué l'inconstitutionnalité d'*aucune* disposition du Code ni soutenu que le Code en entier porterait atteinte à la liberté d'association. L'appellant prétend que le Code devrait être interprété de façon à refléter les « valeurs consacrées par la *Charte* », mais le Code entier est l'expression concrète et le mécanisme législatif de mise en œuvre de la liberté d'association en milieu de travail au Québec. Le Code doit être considéré dans son ensemble. Il est impossible que la Constitution exige que chacune des dispositions du Code (y compris l'art. 17) soit interprétée en faveur du syndicat et des salariés.

[57] Care must be taken not only to avoid upsetting the balance the legislature has struck in the Code taken as a whole, but not to hand to one side (labour) a lopsided advantage because employees bargain through their union (and can thereby invoke freedom of association) whereas employers, for the most part, bargain individually.

G. *Labour Legislation in Other Provinces*

[58] Reference was made by the Canadian Labour Congress and other interveners to labour law and practice outside Quebec which they say take a somewhat different approach to this problem. However, in a federal state there is no requirement that provincial regulatory schemes must align themselves. On the contrary, federalism permits wide variation within the limits set by the Constitution, which is why the appellant in this case has raised a constitutional argument based on freedom of association as explained in *Health Services*, but which for the reasons just given I do not regard as applicable to this appeal.

[59] It is apparent that some of the differences in the jurisprudence from province to province are a function of the statutory setting in which they are made. Provincial labour relations statutes generally include provisions to the effect that nothing therein is to be interpreted as preventing an employer from closing for cause. It is also widely recognized that a closure may result from mixed motives that may be tainted with a desire to avoid having to deal with a union. In *International Wallcoverings and Canadian Paperworkers Union* (1983), 4 C.L.R.B.R. (N.S.) 289, the Ontario Labour Relations Board acknowledged the difficulty in a “mixed motive” case of reconciling the interests of employees and employers even where the statute provides for a legal inference of improper conduct against the employer in certain cases:

[57] Il faut éviter non seulement de rompre l'équilibre que le législateur a établi dans le Code, pris dans son ensemble, mais aussi d'accorder à une partie (les salariés) un avantage disproportionné parce que les salariés négocient par l'entremise de leur syndicat (et peuvent en conséquence invoquer la liberté d'association) alors que les employeurs, dans la plupart des cas, négocient individuellement.

G. *Les lois sur les relations du travail dans les autres provinces*

[58] Le Congrès du travail du Canada et d'autres intervenants ont fait mention des lois et des pratiques en matière de relations du travail à l'extérieur du Québec qui, selon eux, abordent le problème de façon passablement différente. Il n'est toutefois pas nécessaire, dans un État fédéral, que les régimes réglementaires des différentes provinces concordent. Au contraire, le fédéralisme permet d'importantes variantes à l'intérieur des limites fixées par la Constitution, ce qui a amené l'appelant à soulever un argument constitutionnel fondé sur la liberté d'association telle qu'elle est définie dans l'arrêt *Health Services*, que je n'estime toutefois pas applicable en l'espèce pour les raisons qui viennent d'être exposées.

[59] De toute évidence, c'est en raison du contexte législatif dans lequel elle s'inscrit que la jurisprudence varie sous certains aspects d'une province à l'autre. Les lois provinciales sur les relations du travail comprennent généralement des dispositions indiquant qu'elles ne doivent pas recevoir une interprétation qui empêcherait un employeur de cesser ses activités pour un motif valable. Il est également bien établi que la fermeture d'une entreprise peut résulter de motifs multiples susceptibles d'être entachés par le désir de ne pas avoir à traiter avec un syndicat. Dans *International Wallcoverings and Canadian Paperworkers Union* (1983), 4 C.L.R.B.R. (N.S.) 289, la Commission des relations de travail de l'Ontario a toutefois reconnu qu'il était difficile, en présence de « motifs multiples », de concilier les intérêts respectifs des salariés et des employeurs, même lorsque la loi crée une présomption de conduite répréhensible qui joue contre l'employeur dans certaines circonstances :

[T]he combined effect of the mixed motive approach and legal inference can result in the striking down of employer conduct where the Board is not prepared to accept tendered evidence of a *bona fides* business purpose as a complete answer to the adverse impact on trade union activity complained of. However, usually the Board has been reluctant to find by legal inference a partial but improper motive where direct and persuasive evidence of an acceptable business justification has been established by a respondent employer. [Emphasis added; para. 30.]

[60] Commenting on the mixed motive jurisprudence, former Justice George W. Adams noted in *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at para. 10.360:

May an employer close all or part of its business because of the burden of costs achieved by a trade union during many rounds of collective bargaining? May an employer react to these same costs by subcontracting out work or implementing technological change? . . . In each case, an employer may be able to assert genuinely that it is reacting only to economics not to the exercise of collective bargaining rights by employees and that labour legislation is not intended to insulate unionized employees from the realities of the marketplace. On the other hand, employees and their trade unions can argue that statutory rights will be rendered illusory if an employer can simply pick up its business and move elsewhere on the arrival of a trade union. Both positions have considerable merit and labour boards have had to broker the conflicting legitimate interests arising in these situations using doctrines of intent, inference and various presumptions. [Emphasis added.]

[61] I do not believe that labour relations practices in some of the other provinces should dictate the outcome in Quebec, which in relation to the s. 17 presumption has been based for many years on a principle recently endorsed by the unanimous decision of this Court in *Place des Arts*. While this Court holds itself free to depart from its own prior decisions for compelling reasons, no such compelling reasons of policy or law have been identified that were not evident to the Court, albeit differently constituted, that decided *Place des Arts* five years

[TRADUCTION] [L]’effet combiné de l’approche relative aux motifs multiples et de la présomption légale peut amener la Commission à condamner la conduite de l’employeur lorsqu’elle n’est pas disposée à accepter la preuve de motifs commerciaux légitimes comme défense complète à une allégation d’actes préjudiciables aux activités syndicales. Toutefois, la Commission est généralement réticente à conclure, sur le fondement d’une présomption légale, à l’existence d’un motif partiel, mais irrégulier, lorsque l’employeur produit une preuve directe et convaincante de l’existence d’une justification commerciale acceptable. [Je souligne; par. 30.]

[60] L’ancien juge George W. Adams dit ceci dans *Canadian Labour Law* (2^e éd. (feuilles mobiles)), au par. 10.360, au sujet de la jurisprudence sur les motifs multiples :

[TRADUCTION] Un employeur peut-il fermer totalement ou partiellement son entreprise en raison des frais résultant des gains réalisés par un syndicat au cours de négociations collectives successives? Un employeur peut-il réagir à ces frais en faisant appel à la sous-traitance ou en modifiant la technologie? [. . .] Dans chaque cas, il est possible que l’employeur puisse réellement soutenir que sa décision repose sur des considérations économiques et non sur l’exercice par les salariés de leur droit de négocier collectivement et que les lois en matière de relations du travail ne visent pas à mettre les salariés syndiqués à l’abri des réalités du marché. Quant à eux, les salariés et leurs syndicats pourraient soutenir que la possibilité pour l’employeur de simplement plier bagage et de s’installer ailleurs lorsqu’un syndicat fait son entrée dans une entreprise rendrait illusoire les droits que la loi leur confère. Ces deux positions sont très défendables et les commissions de relations du travail ont été appelées à trouver un compromis entre les intérêts légitimes qui s’opposent dans ces situations en s’appuyant sur les théories de l’intention et de l’inférence ainsi que sur diverses présomptions. [Je souligne.]

[61] Je ne crois pas que les pratiques qui ont cours dans d’autres provinces en matière de relations du travail devraient déterminer l’approche applicable au Québec qui, en ce qui concerne la présomption de l’art. 17, se fonde depuis de nombreuses années sur un principe que notre Cour a récemment approuvé à l’unanimité dans *Place des Arts*. Bien que notre Cour s’estime libre de s’écarter de ses arrêts antérieurs lorsque des motifs impérieux l’exigent, on n’a pas établi en l’espèce l’existence de tels motifs impérieux sur le plan de la politique

ago. A measure of judicial consistency is necessary to enable those working in the labour relations field in Quebec to know the rules they are operating under. We should properly put *Place des Arts* in context, as I have endeavoured to do, but I do not think any compelling reason has been shown to overturn its fundamental premise.

[62] Abella J. claims that the foregoing interpretation represents “a marked and arbitrary departure from the philosophical underpinnings, objectives and general scope of the *Labour Code*” (para. 69). I do not accept this assertion as correct. The foregoing interpretation reflects the “philosophical underpinnings, objectives and general scope” of the *Quebec Labour Code* as endorsed in *Place des Arts*.

[63] A distinguishing characteristic of federalism is that in matters of provincial labour relations the various provinces are free to strike their own balance according to their varying circumstances and attitudes. Quebec, for example, contemplates imposition of a first contract. Some of the other provinces do not provide for this possibility. For the reasons already given I believe the CRT’s refusal to extend the s. 15 reinstatement remedy to a closed workplace is a reasonable interpretation of its constituent Act and I would not interfere with it.

VI. Conclusion

[64] Under s. 12, a union or employees may claim anti-union conduct on the part of the employer. Such a proceeding would focus directly on the reason for the closure of the store not on the reason for the dismissal of employees at a store that no longer exists. Under s. 12 the motive of Wal-Mart to close the Jonquière store would be highly relevant. If the CRT were satisfied that the closure occurred

générale ou du droit dont la Cour, quoique différemment constituée, n’aurait pas eu connaissance lorsqu’elle a prononcé l’arrêt *Place des Arts* il y a cinq ans. Une certaine constance judiciaire est nécessaire pour que les personnes œuvrant dans le domaine des relations du travail au Québec puissent connaître les règles qui régissent leurs activités. Il faut, comme je me suis employé à le faire, interpréter l’arrêt *Place des Arts* dans son contexte, mais j’estime que l’existence de motifs impérieux de rejeter les principes fondamentaux de cet arrêt n’a pas été établie en l’espèce.

[62] La juge Abella avance que l’interprétation qui précède représente « un écart marqué et arbitraire par rapport aux fondements philosophiques, aux objectifs et à la portée générale du *Code du travail* » (par. 69). Je ne suis pas de cet avis. L’interprétation exposée plus haut correspond « aux fondements philosophiques, aux objectifs et à la portée générale » du *Code du travail* du Québec tels qu’ils ont été confirmés dans *Place des Arts*.

[63] L’une des caractéristiques distinctives du fédéralisme est la liberté des provinces d’établir l’équilibre qui leur convient en matière de relations du travail provinciales en fonction des circonstances et des orientations qui leur sont propres. Le Québec, par exemple, prévoit l’imposition d’une première convention collective. D’autres provinces ne prévoient pas cette possibilité. Pour les motifs déjà exprimés, j’estime que le refus de la CRT d’appliquer la mesure de réintégration prévue à l’art. 15 lorsque le lieu de travail a cessé ses activités repose sur une interprétation raisonnable de sa loi constitutive, et je suis d’avis de ne pas modifier cette décision.

VI. Conclusion

[64] Un syndicat ou les salariés peuvent exercer un recours fondé sur l’art. 12 pour se plaindre de manœuvres antisyndicales de la part de l’employeur. Cette procédure porterait directement sur la raison de la fermeture du magasin et non sur la raison du congédiement des salariés d’un magasin qui n’existe plus. Sous le régime de l’art. 12, les raisons pour lesquelles Wal-Mart a fermé le magasin

for anti-union reasons, the CRT could, if the matter were properly before it, fashion a remedy of benefit to all the former employees.

[65] For the reasons given, however, the procedure set out in ss. 15 to 17 does not provide an appropriate vehicle for the appellant's complaint in this case and the appeal must be dismissed.

The reasons of LeBel, Abella and Cromwell JJ. were delivered by

[66] ABELLA J. (dissenting) — For nearly 30 years, the labour jurisprudence in Quebec has often followed the conclusion in the 1981 decision in *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. v. Roy*, [1981] T.T. 22, that an employee's dismissal in the case of a genuine closing of a business cannot be remedied, even where the closing was for anti-union motives. This has resulted in a blanket immunization from scrutiny for business closings, and has prevented both unions and employees from seeking any remedy for anti-union conduct when a business is closed. This Court has now been asked, for the first time, to consider whether *City Buick* represents a reasonable interpretation of the Quebec *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27.

[67] With great respect, it is my view that the conclusion in *City Buick* that a dismissal resulting from a genuine closing can never be scrutinized for anti-union motives, is a rebuke to the prior jurisprudence, to the history of the legislation, and to the purpose of the legislative scheme.

[68] The implementation of ss. 15 to 19 of the *Labour Code*, including the presumption in s. 17, represented one of the most significant reforms in modern labour law. Sections 12 to 14 were, until 2001, penal provisions. There was no possibility of a civil remedy such as reinstatement or compensation. Sections 15 to 19 were therefore added to the *Labour Code* 50 years ago to provide access to civil

de Jonquière seraient éminemment pertinentes. Si la CRT, régulièrement saisie de la question, était convaincue que la fermeture est fondée sur des motifs antisyndicaux, elle pourrait élaborer une réparation en faveur de tous les anciens salariés.

[65] Toutefois, pour les motifs déjà exposés, le recours prévu aux art. 15 à 17 n'offre pas à l'appellant une voie de droit appropriée pour l'examen de sa plainte et le pourvoi doit être rejeté.

Version française des motifs des juges LeBel, Abella et Cromwell rendus par

[66] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Depuis près de 30 ans, la jurisprudence québécoise en matière de droit du travail a souvent suivi la conclusion, énoncée dans *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy*, [1981] T.T. 22, selon laquelle il ne peut être remédié au congédiement d'un salarié découlant de la fermeture véritable d'une entreprise, même lorsque la fermeture procède de motifs antisyndicaux. Il en a résulté une immunité générale excluant tout examen de la décision de fermer une entreprise et l'impossibilité pour les syndicats et les salariés de demander quelque réparation que ce soit pour un comportement antisyndical dans le contexte de la fermeture d'une entreprise. La Cour est aujourd'hui appelée pour la première fois à décider si l'interprétation du *Code du travail* du Québec, L.R.Q., ch. C-27, adoptée dans *City Buick* est raisonnable.

[67] En toute déférence, je suis d'avis que la conclusion tirée dans *City Buick*, selon laquelle un congédiement découlant de la fermeture véritable d'une entreprise ne peut jamais être examiné pour déterminer s'il est motivé par l'antisyndicalisme, renie la jurisprudence antérieure, l'historique de la législation et l'objectif du régime législatif.

[68] La mise en œuvre des art. 15 à 19 du *Code du travail*, et notamment de la présomption établie à l'art. 17, représente l'une des plus importantes réformes modernes en droit du travail. Jusqu'en 2001, les art. 12 à 14 étaient des dispositions pénales. Aucun recours civil, notamment en réintégration ou en indemnisation, n'était possible. Les articles 15 à 19 ont donc été ajoutés au *Code du*

remedies for anti-union conduct by an employer, and to facilitate this access through a presumption in s. 17 levelling the evidentiary playing field between employers and employees.

[69] Depriving employees of their right to rely on access to the fullness of this remedial scheme for dismissals when a workplace closes, including the presumption, deprives them of these rights in situations when they are most needed. To suggest, as the majority does, that the full substantive and procedural benefits of ss. 15 to 19 are unavailable to provide a remedy in the case of a business closed for anti-union reasons, represents a marked and arbitrary departure from the philosophical underpinnings, objectives and general scope of the *Labour Code*. Dismissed employees are entitled to have their dismissals scrutinized for anti-union motives under ss. 15 to 19. There is no reason to deprive them of access to this same remedial scheme, including the wide remedial scope in ss. 118 and 119, when their dismissals result from an employer closing down the entire workplace.

[70] I would therefore dissolve the immunity that *City Buick* granted employers from scrutiny under the *Labour Code* for anti-union motives when a business is closed, and remove its unwarranted restriction from access in such circumstances to the protections and remedial scope of the *Labour Code*, whether under ss. 15 to 19 or under ss. 118 and 119.

Background

[71] On August 2, 2004, the Commission des relations du travail (“Commission”) certified the United Food and Commercial Workers Union, Local 503 as the bargaining agent for employees of Wal-Mart’s outlet in Jonquière. Between October 27, 2004 and February 1, 2005, the Union and Wal-Mart held

travail, il y a 50 ans, pour permettre l’exercice de recours civils contre le comportement antisyndical d’un employeur et pour les faciliter au moyen d’une présomption établie à l’art. 17 qui équilibre les forces des employeurs et des salariés en matière de preuve.

[69] Priver les salariés de leur droit de bénéficier de la pleine application de ce régime de réparation pour congédiement, et notamment de la présomption, dans les cas où l’entreprise cesse ses activités les prive de ce droit dans les situations où ils en ont le plus besoin. La thèse retenue par la majorité, selon laquelle il n’est pas possible de bénéficier pleinement des avantages de fond et de forme offerts par les art. 15 à 19 dans le cas d’une fermeture motivée par l’antisindicalisme, représente un écart marqué et arbitraire par rapport aux fondements philosophiques, aux objectifs et à la portée générale du *Code du travail*. En vertu des art. 15 à 19, les salariés congédiés ont droit à un examen visant à déterminer si leur congédiement était motivé par l’antisindicalisme. Il n’y a aucune raison pour que le droit au même régime de réparation, et notamment aux réparations possibles en application des art. 118 et 119, leur soit refusé lorsque leur congédiement résulte de la décision de l’employeur de fermer complètement le lieu de travail.

[70] Par conséquent, je retirerais aux employeurs l’immunité créée par *City Buick*, qui les soustrait à tout examen effectué en application du *Code du travail* pour déterminer si leur décision de fermer leur entreprise était motivée par l’antisindicalisme, et j’abolirais la restriction injustifiée imposée par cette décision, qui limite l’accès aux protections et réparations offertes par le *Code du travail*, que ce soit en application des art. 15 à 19 ou des art. 118 et 119.

Le contexte

[71] Le 2 août 2004, la Commission des relations du travail (« Commission ») a accrédité les Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 503, à titre d’agent négociateur pour les employés du magasin Wal-Mart de Jonquière. Entre le 27 octobre 2004 et

nine negotiating sessions. On February 2, 2005, the Union asked the Minister of Labour to appoint an arbitrator to determine the terms of the first contract. The Minister agreed on February 9, 2005. That same day, Wal-Mart announced that the store in Jonquière would close on May 6, 2005. On April 29, 2005, Wal-Mart informed all employees that the Jonquière store would close immediately rather than on May 6.

[72] The Union and employees sought relief against Wal-Mart, alleging that the closing was motivated by anti-union animus. There were several applications grounded in different parts of the *Labour Code* and the *Act Respecting Labour Standards*, R.S.Q., c. N-1.1 (*Pednault v. Compagnie Wal-Mart du Canada*, [2005] J.Q. n° 16222 (QL) (Sup. Ct.); *Plourde v. Cie Wal-Mart du Canada*, 2006 QCCRT 159, [2006] D.C.R.T.Q. n° 159 (QL); *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 v. Ménard*, 2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138; *Boutin v. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 269, [2005] D.C.R.T.Q. n° 269 (QL)).

[73] Seventy-nine individual employees from the Jonquière store filed complaints against Wal-Mart under ss. 15 to 19 of the *Labour Code*, including Gaétan Plourde. At a pre-hearing conference on June 23, 2005, the parties agreed that only a few of the complaints would proceed first. The first set was heard at the Commission by vice-president Pierre Flageole (*Bourgeois v. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2005 QCCRT 502, [2005] D.C.R.T.Q. n° 502 (QL)). Applying *City Buick*, he concluded, based on the lack of evidence about the termination of the lease, that Wal-Mart had not completely closed the store and was therefore in violation of the *Labour Code*. Wal-Mart sought judicial review. In *Compagnie Wal-Mart du Canada v. Commission des relations de travail*, 2006 QCCS 3784, [2006] J.Q. n° 6894 (QL), Courville J. upheld the Commission's decision. Wal-Mart appealed successfully. Gendreau J.A. concluded that it was unreasonable for the Commission to give priority

le 1^{er} février 2005, le syndicat et Wal-Mart ont tenu neuf séances de négociation. Le 2 février 2005, le syndicat a demandé au ministre du Travail de nommer un arbitre afin que celui-ci détermine le contenu de la première convention collective. Le ministre a acquiescé à cette demande le 9 février 2005. Le même jour, Wal-Mart a annoncé que le magasin de Jonquière fermerait ses portes le 6 mai 2005. Le 29 avril 2005, Wal-Mart a informé tous ses employés que le magasin de Jonquière fermait ses portes le jour même plutôt que le 6 mai.

[72] Le syndicat et les salariés ont demandé réparation contre Wal-Mart. Ils soutenaient que la fermeture du magasin était motivée par l'anti-syndicalisme. Plusieurs demandes fondées sur différentes parties du *Code du travail* et de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1, ont été déposées (*Pednault c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, [2005] J.Q. n° 16222 (QL) (C.S.); *Plourde c. Cie Wal-Mart du Canada*, 2006 QCCRT 159, [2006] D.C.R.T.Q. n° 159 (QL); *Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Ménard*, 2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138; *Boutin c. Wal-Mart Canada inc.*, 2005 QCCRT 269, [2005] D.C.R.T.Q. n° 269 (QL)).

[73] Soixante-dix-neuf employés du magasin de Jonquière, dont Gaétan Plourde, ont déposé individuellement une plainte contre Wal-Mart en vertu des art. 15 à 19 du *Code du travail*. Lors d'une conférence préparatoire tenue le 23 juin 2005, les parties ont convenu de procéder d'abord à l'instruction de quelques plaintes seulement. Les premières plaintes ont été instruites par le vice-président de la Commission, Pierre Flageole (*Bourgeois c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2005 QCCRT 502, [2005] D.C.R.T.Q. n° 502 (QL)). Appliquant la décision *City Buick*, il a conclu, compte tenu de l'absence de preuve de résiliation du bail, que Wal-Mart n'avait pas fermé complètement son magasin et violait par conséquent le *Code du travail*. Wal-Mart a demandé le contrôle judiciaire de cette décision. La juge Courville a confirmé la décision de la Commission (*Compagnie Wal-Mart du Canada c. Commission des relations de travail*, 2006 QCCS 3784, [2006] J.Q. n° 6894 (QL)).

to one factor — the absence of evidence about the termination of the lease — over other indicia that Wal-Mart had definitively closed the outlet (*Compagnie Wal-Mart du Canada v. Desbiens*, 2008 QCCA 236, [2008] J.Q. n° 673 (QL)).

[74] The next case heard by the Commission was the complaint in this case, *Plourde v. Cie Wal-Mart du Canada*, 2006 QCCRT 207, [2006] D.C.R.T.Q. n° 207 (QL). Plourde sought, among other remedies, compensation. He did not seek the reopening of the store. Vice-president Flageole, who had decided the complaint in *Bourgeois*, this time came to a diametrically opposite conclusion. Again relying on *City Buick*, he accepted new evidence from Wal-Mart showing that it had terminated the lease and therefore concluded that the store closing was in fact definitive and genuine. Citing the “labour trilogy” (*Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424, and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460), he also dismissed Plourde’s argument that the store closing was contrary to his associational rights protected by the *Labour Code* and the Quebec *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12.

[75] Corriveau J. upheld the Commission’s decision to dismiss Plourde’s complaint (*Plourde v. Commission des relations du travail*, 2007 QCCS 3165, [2007] J.Q. n° 7019 (QL)). Leave to appeal to the Quebec Court of Appeal was denied by Rochon J.A. (*Plourde v. Compagnie Wal-Mart du Canada inc.*, 2007 QCCA 1210, [2007] J.Q. n° 10678 (QL)).

Analysis

[76] The legal issue before us is whether a dismissal resulting from the closing of a business can be scrutinized for anti-union animus. Since 1981,

Wal-Mart a réussi à avoir gain de cause en appel. Le juge Gendreau a conclu qu’il était déraisonnable pour la Commission de privilégier un facteur — l’absence de preuve concernant la résiliation du bail — par rapport aux autres éléments qui indiquaient que Wal-Mart avait fermé son magasin définitivement (*Compagnie Wal-Mart du Canada c. Desbiens*, 2008 QCCA 236, [2008] J.Q. n° 673 (QL)).

[74] La Commission a ensuite instruit la plainte à l’origine du présent pourvoi, *Plourde c. Cie Wal-Mart du Canada*, 2006 QCCRT 207, [2006] D.C.R.T.Q. n° 207 (QL). M. Plourde demandait, entre autres réparations, le versement d’une indemnité. Il ne demandait pas la réouverture du magasin. Le vice-président Flageole, qui avait statué sur la plainte dans *Bourgeois*, est arrivé cette fois à une conclusion diamétralement opposée. S’appuyant encore une fois sur *City Buick*, il a accepté de nouveaux éléments de preuve produits par Wal-Mart pour démontrer qu’elle avait résilié le bail et conclu en conséquence que la fermeture du magasin était véritable et définitive. Après avoir cité la « trilogie en droit du travail » (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460), il a également rejeté l’argument de M. Plourde portant que la fermeture du magasin était contraire à sa liberté d’association garantie par le *Code du travail* et par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12.

[75] La juge Corriveau a confirmé la décision de la Commission de rejeter la plainte de M. Plourde (*Plourde c. Commission des relations du travail*, 2007 QCCS 3165, [2007] J.Q. n° 7019 (QL)). L’autorisation d’interjeter appel à la Cour d’appel du Québec a été refusée par le juge Rochon (*Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada inc.*, 2007 QCCA 1210, [2007] J.Q. n° 10678 (QL)).

Analyse

[76] La question de droit à trancher en l’espèce est de savoir si un congédiement résultant de la fermeture d’une entreprise peut donner lieu à un examen

and based on *City Buick*, the only scrutiny permitted in Quebec under the *Labour Code* was as to the genuineness of the closing, regardless of the motive.

[77] This is the first direct challenge in this Court to *City Buick*'s reign over business closings in Quebec, and it is a challenge based on *City Buick*'s divergence almost 30 years ago from labour law precedents, principles and purposes.

[78] It is important to note that the issue is not whether an employer has the right to close a business, a proposition no one challenged before us, nor is it whether an employer can be required to open a business. It is whether a remedy should exist under ss. 15 to 19 when the motive for the closing is anti-union.

[79] The legislative regime for labour relations in Quebec had historically consisted of a number of discrete laws responsive to specific concerns. The *Labour Relations Act*, S.Q. 1944, c. 30, was the first modern comprehensive labour regime, and its principles still inform the nucleus of its current incarnation in the *Labour Code*.

[80] The *Labour Relations Act* was based on the approach adopted in the 1935 American *Wagner Act* (*National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449). It was also based on the fundamental principles recommended by Canadian labour ministers at a conference in 1944, and which have been adopted throughout Canada. They include:

- (1) employee freedom of association and union recognition;
- (2) compulsory bargaining rights for certified trade unions;
- (3) postponement of the right to strike until after government intervention through conciliation;

visant à déterminer s'il est motivé par l'antisyndicalisme. Depuis 1981, et suivant *City Buick*, le seul examen permis au Québec en application du *Code du travail* consiste à déterminer si la fermeture est véritable, peu importe le motif de la fermeture.

[77] C'est la première fois que l'autorité de *City Buick* dans le contexte de la fermeture d'une entreprise au Québec est attaquée directement devant notre Cour et le fondement de cette attaque est que cette décision a dérogé, il y a près de 30 ans, aux précédents, principes et objectifs du droit du travail.

[78] Il est important de souligner qu'il ne s'agit pas en l'espèce de déterminer si un employeur a le droit de fermer une entreprise — droit que nul n'a contesté devant nous —, ni s'il peut être forcé d'ouvrir une entreprise. Il s'agit plutôt de déterminer si un recours devrait pouvoir être exercé sous le régime des art. 15 à 19 lorsque la fermeture procède de motifs antisyndicaux.

[79] La législation québécoise en matière de relations du travail comportait autrefois plusieurs lois distinctes répondant à des préoccupations particulières. La *Loi des relations ouvrières*, S.Q. 1944, ch. 30, fut le premier régime législatif moderne complet et les principes inhérents à cette loi se retrouvent encore dans les éléments fondamentaux du *Code du travail* qui en est aujourd'hui l'incarnation.

[80] La *Loi des relations ouvrières* était fondée sur l'approche adoptée dans la loi américaine de 1935, la *Wagner Act* (*National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449). Elle s'appuyait également sur les principes fondamentaux recommandés par les ministres du travail au Canada lors d'une conférence en 1944 et adoptés partout au pays, dont :

[TRADUCTION]

- (1) la liberté d'association des salariés et la reconnaissance syndicale;
- (2) le droit à la négociation obligatoire pour les syndicats accrédités;
- (3) le report du droit de grève après l'intervention du gouvernement par la conciliation;

- (4) prohibition of unfair labour practices by both employers and trade unions to protect individual rights and the collective bargaining process;
- (5) establishment of legal status and enforceability to the collective agreement;
- (6) provision for resolving disputes arising out of the collective bargaining agreement without resorting to strike; and
- (7) establishment of regulatory bodies with investigation and control powers in the form of boards of industrial relations.

(George W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at p. 1-15. See also Pierre Verge, Gilles Trudeau and Guylaine Vallée, *Le droit du travail par ses sources* (2006), at p. 41.)

[81] The purpose of such rights was eloquently addressed by Dickson C.J. in his dissent in *Reference Re Public Service Employee Relations Act*, where he said:

Freedom of association is the cornerstone of modern labour relations. Historically, workers have combined to overcome the inherent inequalities of bargaining power in the employment relationship and to protect themselves from unfair, unsafe, or exploitative working conditions. . . .

. . . .

Freedom of association is most essential in those circumstances where the individual is liable to be prejudiced by the actions of some larger and more powerful entity, like the government or an employer. Association has always been the means through which political, cultural and racial minorities, religious groups and workers have sought to attain their purposes and fulfil their aspirations; it has enabled those who would otherwise be vulnerable and ineffective to meet on more equal terms the power and strength of those with whom their interests interact and, perhaps, conflict. . . .

. . . .

The role of association has always been vital as a means of protecting the essential needs and interests of working people. Throughout history, workers have

- (4) l'interdiction des pratiques déloyales de travail des employeurs et des syndicats, pour protéger les droits individuels et le processus de négociation collective;
- (5) l'établissement du statut juridique et de la force exécutoire de la convention collective;
- (6) la mise sur pied d'un mécanisme de résolution des différends découlant de la convention collective sans recours à la grève;
- (7) la constitution d'organismes de réglementation dotés de pouvoirs d'enquête et de contrôle sous la forme de commissions des relations industrielles.

(George W. Adams, *Canadian Labour Law* (2^e éd. (feuilles mobiles)), p. 1-15; voir aussi Pierre Verge, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée, *Le droit du travail par ses sources* (2006), p. 41.)

[81] Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act*, le juge en chef Dickson a exposé avec éloquence, dans ses motifs dissidents, l'objectif de ces droits :

La liberté d'association constitue la pierre angulaire des relations de travail modernes. Historiquement, les travailleurs se sont unis pour aplanir les inégalités de puissance de négociation inhérentes aux relations employeur-employé et se prémunir contre des conditions de travail injustes, dangereuses ou favorisant l'exploitation. . .

. . . .

La liberté d'association est on ne peut plus essentielle dans les circonstances où l'individu risque d'être lésé par les actions de quelque entité plus importante et plus puissante comme le gouvernement ou un employeur. L'association a toujours été le moyen par lequel les minorités politiques, culturelles et raciales, les groupes religieux et les travailleurs ont tenté d'atteindre leurs buts et de réaliser leurs aspirations; elle a permis à ceux qui, par ailleurs, auraient été vulnérables et inefficaces de faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force de ceux avec qui leurs intérêts interagissaient et, peut-être même, entraînent en conflit. . .

. . . .

L'association a toujours joué un rôle vital dans la protection des besoins et des intérêts essentiels des travailleurs. Au cours de l'histoire, les travailleurs se sont

associated to overcome their vulnerability as individuals to the strength of their employers. The capacity to bargain collectively has long been recognized as one of the integral and primary functions of associations of working people. While trade unions also fulfil other important social, political and charitable functions, collective bargaining remains vital to the capacity of individual employees to participate in ensuring fair wages, health and safety protections, and equitable and humane working conditions. [pp. 334, 365-66 and 368]

[82] The Quebec labour relations scheme has the same genesis as other labour codes across Canada (Fernand Morin, Jean-Yves Brière and Dominic Roux, *Le droit de l'emploi au Québec* (3rd ed. 2006), at p. 811). As Robert Gagnon has noted:

[TRANSLATION] The Quebec *Labour Code* is patterned on a model common to all the equivalent legislation in Canada, and even in North America. It is predicated on the recognition and protection of the freedom of association of the persons to whom it applies It provides that they may choose a collective representative for their relations with the employer and may have the status of that representative recognized by government authorities through the certification process

(*Le droit du travail du Québec* (6th ed. 2008), updated by Langlois Kronström Desjardins, at p. 261.)

[83] Some of the statutory reflections of the guiding principles protecting workplaces from “unfair labour practices” first enacted in 1944, were prohibitions against an employer from interfering with a union’s activities. They were found in provisions similar to those now found in ss. 12 to 14 of the *Labour Code*, which state:

12. No employer, or person acting for an employer or an association of employers, shall in any manner seek to dominate, hinder or finance the formation or the activities of any association of employees, or to participate therein.

No association of employees, or person acting on behalf of any such organization, shall belong to an association of employers or seek to dominate, hinder or

associés pour surmonter leur vulnérabilité individuelle face à l’employeur. La capacité de négocier collectivement a depuis longtemps été reconnue comme l’une des fonctions intégrantes et premières des associations de travailleurs. Certes les syndicats ont aussi d’autres fonctions importantes sur les plans social, politique et charitable, mais la négociation collective demeure essentielle à la capacité de chaque salarié, à titre individuel, de participer au processus qui leur assurera des salaires justes, la santé et la sécurité ainsi que des conditions de travail humaines et équitables. [p. 334, 365-366 et 368]

[82] Le régime québécois des relations du travail est conçu d’après le même modèle que les autres codes du travail au pays (Fernand Morin, Jean-Yves Brière et Dominic Roux, *Le droit de l’emploi au Québec* (3^e éd. 2006), p. 811). Comme l’a souligné Robert Gagnon :

Le Code du travail du Québec est conçu d’après un modèle commun à toutes les lois équivalentes au Canada et même en Amérique du Nord. Il s’appuie sur la reconnaissance et la protection de la liberté d’association de ceux et celles auxquels il s’adresse [. . .] Il leur propose de se choisir un représentant collectif dans leurs relations avec l’employeur et de faire attester par l’autorité publique le statut de ce représentant collectif au moyen de l’accréditation . . .

(*Le droit du travail du Québec* (6^e éd. 2008), mis à jour par Langlois Kronström Desjardins, p. 261.)

[83] Parmi les émanations législatives des principes directeurs édictés à l’origine en 1944 pour protéger les milieux de travail contre les « pratiques déloyales de travail », notons les interdictions faites aux employeurs de s’ingérer dans les activités d’un syndicat. Les dispositions législatives édictées à l’origine à cet égard étaient semblables à celles des art. 12 à 14 du *Code du travail*, qui sont ainsi libellés :

12. Aucun employeur, ni aucune personne agissant pour un employeur ou une association d’employeurs, ne cherchera d’aucune manière à dominer, entraver ou financer la formation ou les activités d’une association de salariés, ni à y participer.

Aucune association de salariés, ni aucune personne agissant pour le compte d’une telle organisation n’adhérera à une association d’employeurs, ni ne cherchera à

finance the formation or activities of any such association, or to participate therein.

13. No person shall use intimidation or threats to induce anyone to become, refrain from becoming or cease to be a member of an association of employees or an employers' association.

14. No employer nor any person acting for an employer or an employers' association may refuse to employ any person because that person exercises a right arising from this Code, or endeavour by intimidation, discrimination or reprisals, threat of dismissal or other threat, or by the imposition of a sanction or by any other means, to compel an employee to refrain from or to cease exercising a right arising from this Code.

[84] These provisions protect the union's ability to establish, organize and administer its affairs without employer obstruction (Gagnon, at pp. 306-7). Tactics such as intimidation or threats are prohibited by ss. 13 and 14, and can constitute an interference with union activity within the meaning of s. 12 (*Côté v. Compagnie F.W. Woolworth*, [1978] R.L. 439 (Sup. Ct.), at p. 459).

[85] But until the reforms of 2001 discussed later in these reasons, ss. 12 to 14 were only penal provisions and the sanction was a fine of \$100 to \$1,000 per day (s. 143). An offence under these provisions required proof of an unlawful motive (*Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 194 v. Disque Améric Inc.*, [1996] T.T. 451; *Gauthier v. Sobeys Inc. (numéro 650)*, [1995] T.T. 131).

[86] The penal regime offered little practical assistance to employees. Not only was a fine on an employer of no compensatory benefit to them, the onus under these provisions was difficult to discharge and created an almost insurmountable procedural and evidentiary hurdle.

[87] As a result, the legislature amended the *Labour Relations Act* in 1959 by adding provisions to better protect the ability of employees to exercise

dominer, entraver ou financer la formation ou les activités d'une telle association ni à y participer.

13. Nul ne doit user d'intimidation ou de menaces pour amener quiconque à devenir membre, à s'abstenir de devenir membre ou à cesser d'être membre d'une association de salariés ou d'employeurs.

14. Aucun employeur, ni aucune personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs ne doit refuser d'employer une personne à cause de l'exercice par cette personne d'un droit qui lui résulte du présent code, ni chercher par intimidation, mesures discriminatoires ou de représailles, menace de renvoi ou autre menace, ou par l'imposition d'une sanction ou par quelque autre moyen à contraindre un salarié à s'abstenir ou à cesser d'exercer un droit qui lui résulte du présent code.

[84] Ces dispositions protègent la capacité du syndicat de s'établir, de s'organiser et de fonctionner sans que l'employeur n'entrave ses activités (Gagnon, p. 306-307). Le recours à l'intimidation ou aux menaces est interdit par les art. 13 et 14 et peut constituer une ingérence dans les activités syndicales interdite par l'art. 12 (*Côté c. Compagnie F.W. Woolworth*, [1978] R.L. 439 (C.S.), p. 459).

[85] Néanmoins, avant les réformes de 2001 expliquées plus loin, les art. 12 à 14 étaient uniquement des dispositions pénales et la sanction prévue était une amende de 100 \$ à 1 000 \$ par jour (art. 143). Une infraction visée par ces dispositions exigeait la preuve d'un motif illégal (*Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 194 c. Disque Améric Inc.*, [1996] T.T. 451; *Gauthier c. Sobeys Inc. (numéro 650)*, [1995] T.T. 131).

[86] Ces dispositions pénales n'étaient pas d'un grand secours pour les salariés. Non seulement l'amende imposée à l'employeur ne les dédommageait aucunement, mais ce régime leur imposait un fardeau dont il leur était difficile de s'acquitter et un défi presque insurmountable sur le plan de la procédure et de la preuve.

[87] Par conséquent, le législateur a modifié la *Loi des relations ouvrières* en 1959 en y ajoutant des dispositions visant à mieux protéger la capacité

their associational rights (*Act to amend the Labour Relations Act*, S.Q. 1959-1960, c. 8). Provisions similar to those now found in ss. 15 to 19 were introduced, expanding substantive and procedural access to remedies for anti-union conduct by an employer. The relevant portions of those provisions now state:

15. Where an employer or a person acting for an employer or an employers' association dismisses, suspends or transfers an employee, practises discrimination or takes reprisals against him or imposes any other sanction upon him because the employee exercises a right arising from this Code, the Commission may

(a) order the employer or a person acting for an employer or an employers' association to reinstate such employee in his employment, within eight days of the service of the decision, with all his rights and privileges, and to pay him as an indemnity the equivalent of the salary and other benefits of which he was deprived due to dismissal, suspension or transfer.

. . .

(b) order the employer or the person acting for an employer or an employers' association to cancel the sanction or to cease practising discrimination or taking reprisals against the employee and to pay him as an indemnity the equivalent of the salary and other benefits of which he was deprived due to the sanction, discrimination or reprisals.

17. If it is shown to the satisfaction of the Commission that the employee exercised a right arising from this Code, there is a simple presumption in his favour that the sanction was imposed on him or the action was taken against him because he exercised such right, and the burden of proof is upon the employer that he resorted to the sanction or action against the employee for good and sufficient reason.

[88] Through these provisions, civil remedies not previously available in Quebec were added, including reinstatement. Judge Morin discussed the history and objectives of this enhanced remedial access now found in ss. 15 to 19 of the *Labour Code*

des salariés d'exercer leur liberté d'association (*Loi modifiant la Loi des relations ouvrières*, S.Q. 1959-1960, ch. 8). Il a édicté des dispositions semblables à celles qui figurent aujourd'hui dans les art. 15 à 19 qui ont élargi, sur le fond et sur la forme, l'accès aux recours contre le comportement antisyndical d'un employeur. Voici les dispositions pertinentes de ces articles telles qu'elles sont aujourd'hui libellées :

15. Lorsqu'un employeur ou une personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs congédie, suspend ou déplace un salarié, exerce à son endroit des mesures discriminatoires ou de représailles, ou lui impose toute autre sanction à cause de l'exercice par ce salarié d'un droit qui lui résulte du présent code, la Commission peut :

a) ordonner à l'employeur ou à une personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs de réintégrer ce salarié dans son emploi, avec tous ses droits et privilèges, dans les huit jours de la signification de la décision et de lui verser, à titre d'indemnité, l'équivalent du salaire et des autres avantages dont l'a privé le congédiement, la suspension ou le déplacement.

. . .

b) ordonner à l'employeur ou à une personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs d'annuler une sanction ou de cesser d'exercer des mesures discriminatoires ou de représailles à l'endroit de ce salarié et de lui verser à titre d'indemnité l'équivalent du salaire et des autres avantages dont l'ont privé la sanction, les mesures discriminatoires ou de représailles.

17. S'il est établi à la satisfaction de la Commission que le salarié exerce un droit qui lui résulte du présent code, il y a présomption simple en sa faveur que la sanction lui a été imposée ou que la mesure a été prise contre lui à cause de l'exercice de ce droit et il incombe à l'employeur de prouver qu'il a pris cette sanction ou mesure à l'égard du salarié pour une autre cause juste et suffisante.

[88] Ces dispositions ont instauré des recours civils, notamment en réintégration, qui n'étaient pas possibles auparavant au Québec. Le juge Morin a examiné l'historique et les objectifs de ce meilleur accès à un recours, maintenant assuré par

in *Industrielle (L'), Compagnie d'assurance sur la vie v. Nadeau*, [1978] T.T. 175, where he said:

[TRANSLATION] At that time, the Labour Relations Act provided for freedom of association. It contained a number of measures to counter potential constraints on an employee's ability to exercise that freedom effectively. Both the Criminal Code and the Labour Relations Act provided for offences where any person tried to hinder an employee's union activities. However, the sanctions they provided for were still only penal in nature. Aside from the fact that it could sometimes be difficult to prove such tactics, their effect — where they consisted in suspension or dismissal — could be to prevent employees from exercising their legal rights even if the employer was ordered to pay a fine. Furthermore, at that time, it was not possible under the civil law to compel an employer to reinstate an employee. The legislature therefore saw fit to change the situation and better protect employees against certain employer tactics. Thus, the purpose of sections 21(a) to 21(d) was, where an employer had acted in such a way as to restrict an employee's rights, to compel the employer to pay the employee an indemnity and to reinstate the employee in his or her employ. [Sections 21(a) to 21(d) correspond to ss. 15 to 17 in the current *Labour Code*.]

Therefore, it appears that the purpose and objective of sections 14, 15 and 16 [ss. 15, 16 and 17] of the Labour Code is to provide greater assurance that an employer cannot retaliate against an employee for the employee's union activities. [p. 187]

[89] The significance of the new provisions was also explained by Gagnon J.A. in *United Last Co. v. Tribunal du travail*, [1973] R.D.T. 423 (C.A.), as follows:

[TRANSLATION] Sections [15 to 19] serve a very special function in our labour law scheme. Their purpose is to protect employees exercising rights under the Labour Code from certain reprisals — namely dismissal, suspension and transfer — their employer might take in response to the exercise of such rights. [p. 433]

He also noted that these provisions offer indispensable protection particularly at the crucial stage

les art. 15 à 19 du *Code du travail*, dans l'affaire *Industrielle (L'), Compagnie d'assurance sur la vie c. Nadeau*, [1978] T.T. 175 :

À cette époque [la Loi] des Relations Ouvrières prévoyait la liberté d'association. Elle contenait certaines mesures prévenant les contraintes qui pourraient empêcher un salarié d'exercer efficacement cette liberté. Tant dans le Code Criminel que dans cette loi, certaines offenses étaient prévues contre toutes personnes qui tenteraient d'entraver les activités syndicales d'un salarié. Cependant, il ne s'agissait toujours là que de sanctions pénales. Outre que la preuve pouvait parfois s'en avérer difficile, de telles manœuvres lorsqu'elles consistaient en une suspension ou un congédiement pouvaient, même si l'employeur était condamné à une amende, quand même empêcher le salarié d'exercer les droits lui résultant de la loi. On sait aussi qu'à l'époque, le droit civil ne pouvait forcer un employeur à reprendre un salarié à son emploi. Le législateur a alors cru bon de modifier la situation et de protéger plus adéquatement le salarié contre certaines manœuvres de son employeur. Le but des articles 21(a) à 21(d) fu[t] donc de contraindre un employeur à indemniser le salarié et à le reprendre à son emploi [s'il] avait agi pour restreindre les droits du salarié. [Les alinéas 21(a) à 21(d) correspondent aux art. 15 à 17 du *Code du travail* actuel.]

Donc, il apparaît que le but visé par les articles 14, 15 et 16 [art. 15, 16 et 17] du Code du Travail et l'objet de ces dispositions sont d'empêcher de façon plus sûre l'employeur d'exercer des représailles contre un salarié à cause de ses activités syndicales. [p. 187]

[89] Le juge Gagnon a lui aussi expliqué l'importance de ces nouvelles dispositions, dans *United Last Co. c. Tribunal du travail*, [1973] R.D.T. 423 (C.A.) :

Les dispositions des articles [15 à 19] ont une fonction bien particulière dans l'économie de notre droit du travail. Elles ont pour objet de protéger un salarié qui exerce un droit qui lui résulte du Code du travail de certaines représailles de son employeur motivées par l'exercice du tel droit, c'est-à-dire du congédiement, de la suspension et du déplacement. [p. 433]

Il a en outre signalé que ces dispositions offrent une protection indispensable plus particulièrement

when a union is attempting to negotiate its first collective agreement:

[TRANSLATION] The legislature intended, at this stage in particular, to protect the exercise of the right of association, to guarantee that legitimate union activities can be carried on, and at the same time to avoid disrupting a nascent bargaining unit that might be certified at a later stage. [p. 434]

(See also Verge, Trudeau and Vallée, at p. 271.)

[90] As in other jurisdictions, the onus of proof was reversed in this new remedial scheme: once employees showed that a sanction or action had been taken against them and that they were exercising rights under the *Labour Code* at the time, s. 17 created a legal presumption in their favour that the employer's conduct was a response to the exercise of such rights. The presumption shifted the burden to the employer to demonstrate that it had a "good and sufficient reason" for its conduct towards the employees, that is, one that was not motivated by anti-union animus.

[91] The presumption was enacted to level the informational playing field between employees and employers, given the inevitable evidentiary difficulty for employees in attempting to prove that an employer's conduct was motivated by an anti-union animus. The rationale for the presumption was cogently articulated by Adams, who said:

This protection prohibits, *inter alia*, the dismissal of union supporters because they are engaged in protected activity. The employer, however, may contend that a dismissal was for cause or was prompted by bona fide business reasons. The union, on the other hand, will assert the discharge was motivated by "anti-union animus" or an unlawful intent, a prerequisite for a finding of an unfair labour practice dismissal under this type of provision. Because there are many legitimate reasons why an employee may be dismissed or laid off, a trade union or employee can experience real difficulty in establishing to a labour board's satisfaction that the discharge was because of union activity. In recognition of this reality, in many Canadian jurisdictions the onus of proof is now reversed by statute and placed on the employer to demonstrate, on the balance of probabilities, that the discharge was not motivated by any

à l'étape cruciale où le syndicat tente de négocier sa première convention collective :

Le législateur a voulu, particulièrement à cette étape, protéger l'exercice du droit d'association, assurer l'exercice des activités syndicales légitimes, en même temps qu'éviter la perturbation d'une unité de négociation en voie de formation et susceptible à un stade ultérieur d'être l'objet d'une accréditation. [p. 434]

(Voir aussi Verge, Trudeau et Vallée, p. 271.)

[90] Tout comme dans d'autres ressorts, le fardeau de la preuve a été inversé dans le nouveau régime de réparation : dès que les salariés démontrent qu'une mesure a été prise contre eux ou qu'une sanction leur a été imposée à un moment où ils exerçaient des droits leur résultant du *Code du travail*, l'art. 17 crée une présomption légale en leur faveur, selon laquelle l'employeur a agi en réaction à l'exercice de ces droits. La présomption a inversé le fardeau de la preuve, en obligeant l'employeur à démontrer qu'il avait une « autre cause juste et suffisante » d'agir ainsi envers les employés, c'est-à-dire qu'il n'était pas motivé par l'antisindicalisme.

[91] Le législateur a établi cette présomption pour équilibrer les forces des salariés et des employeurs sur le plan de l'information, compte tenu de la difficulté manifeste pour les salariés de prouver que la conduite d'un employeur était motivée par l'antisindicalisme. Adams a expliqué de façon convaincante la raison d'être de la présomption :

[TRADUCTION] Cette protection interdit, notamment, le congédiement de militants syndicaux parce qu'ils exercent une activité protégée. Toutefois, l'employeur peut prétendre que le congédiement était justifié ou qu'il était fondé sur des raisons commerciales véritables. En revanche, le syndicat affirmera que le congédiement était motivé par l'« antisindicalisme » ou une intention illégale, condition essentielle pour qu'un congédiement puisse être considéré comme découlant d'une pratique déloyale de travail selon ce type de disposition. Puisqu'il existe plusieurs motifs légitimes pour congédier ou mettre à pied un salarié, il peut être réellement difficile pour un syndicat ou un salarié de convaincre une commission des relations du travail que le congédiement a été causé par des activités syndicales. Compte tenu de cette réalité, dans plusieurs ressorts canadiens, la loi inverse désormais le fardeau de preuve et oblige l'employeur à

grounds prohibited by the Act. A practical justification for the reverse onus rule is that the employer is the party with the most complete knowledge of the grounds for an employee's discharge. Indeed, it has been held that the statutory reversal of the burden of proof in unfair labour practice proceedings merely brings those matters into line with the common law and arbitral judging of dismissal cases and does not contravene the presumption of innocence enshrined in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. . . .

. . . Since employers are not likely to confess to an anti-union animus, tribunals have to rely on circumstantial evidence to draw inferences about employer motivation. [Emphasis added; pp. 10-7 and 10-8.]

[92] As a result, two complementary remedial routes — penal consequences under ss. 12 to 14 and civil ones with the benefit of the presumption under ss. 15 to 19 — became available in 1959 to allow employees to redress unlawful conduct on the part of the employer and to enforce the associational rights now explicitly protected at s. 3 of the *Labour Code* to form, belong to, and participate in a union's activities:

3. Every employee has the right to belong to the association of employees of his choice, and to participate in the formation, activities and management of such association.

[93] In 1964, the *Labour Code* was enacted. At the time, it was heralded as the most liberal piece of labour legislation in the country (Adams, at p. 2-79). Morin, Brière and Roux described its objectives as follows:

[TRANSLATION] One is political in nature and concerns the exercise of freedom in an action carried out in solidarity; the other, more economic and social, involves seeking fair remuneration for each individual's work. [p. 807]

Its purpose was also explained by Baudouin J.A. in *Syndicat des salariés de distribution de produits pharmaceutiques (F.I.S.A.) v. Médis, Services pharmaceutiques et de santé inc.*, [2000] R.J.D.T. 943 (C.A.), as follows:

démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que le congédiement n'était fondé sur aucun motif interdit par la Loi. La justification pratique de la règle de l'inversion du fardeau de preuve est que l'employeur est la partie qui détient le plus d'information sur les motifs de congédiement du salarié. En effet, il a été jugé que l'inversion du fardeau de preuve prévu par la loi dans le cas de pratiques déloyales de travail a simplement pour effet d'aligner ces questions sur la common law et sur les sentences arbitrales en matière de congédiement et n'est pas contraire à la présomption d'innocence consacrée à l'al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. . . .

. . . Comme l'employeur n'avouera vraisemblablement pas son antisindicalisme, les tribunaux administratifs doivent s'en remettre à la preuve circonstancielle pour tirer des inférences sur les motifs de l'employeur. [Je souligne; p. 10-7 et 10-8.]

[92] Par conséquent, en 1959, il est devenu possible pour les salariés d'emprunter deux voies de droit complémentaires — le régime pénal établi par les art. 12 à 14 et le régime civil assorti d'une présomption en leur faveur établi par les art. 15 à 19 — pour remédier au comportement illégal de l'employeur et pour exercer leur liberté d'association maintenant garantie expressément par l'art. 3 du *Code du travail*, soit celle d'appartenir à une association de salariés et de participer à sa formation et à ses activités :

3. Tout salarié a droit d'appartenir à une association de salariés de son choix et de participer à la formation de cette association, à ses activités et à son administration.

[93] *Le Code du travail* a été promulgué en 1964. À l'époque, il a été présenté comme la loi la plus libérale au pays dans le domaine du droit du travail (Adams, p. 2-79). Morin, Brière et Roux en ont ainsi décrit les objectifs :

L'un, de nature politique, consiste à l'exercice de la liberté dans une action de solidarité; l'autre, plus économique et social, consiste à la recherche d'une juste rétribution du travail de chacun. [p. 807]

Dans *Syndicat des salariés de distribution de produits pharmaceutiques (F.I.S.A.) c. Médis, Services pharmaceutiques et de santé inc.*, [2000] R.J.D.T. 943 (C.A.), le juge Baudouin a lui aussi expliqué l'objectif du *Code du travail* :

[TRANSLATION] The general and primary purpose of the *Labour Code*, which dates from 1964, is to promote industrial peace and strike a desirable balance between union aspirations and management rights. Thus, it is intended to limit sources of friction (which it does by providing for effective dispute resolution mechanisms), foster stability in industrial relations and maintain, to the extent possible, continuity and balance in collective relations. [para. 53]

[94] The *Labour Code* retained the two remedial approaches found in the 1959 *Labour Relations Act*, including the s. 17 presumption requiring the employer to demonstrate that its sanction against an employee was for a “good and sufficient reason”.

[95] Gagnon J.A. in *United Last* remarked that once the presumption is triggered, [TRANSLATION] “the law places a heavy burden on the employer” (p. 435). Rigorous scrutiny of an employer’s motives has solid labour relations credentials in Quebec. As far back as 1963, in *Maresq et Brown Bovari (Canada) Ltd.*, [1963] R.D.T. 242 (L.R.B.), a case in which the employer was successful in rebutting the presumption, Gold J.M.C., explained:

... in order to decide whether or not the Act has been violated, we must, of necessity, consider the reason indicated by the employer for discharging his employee but our consideration must be solely directed to determine if this reason is the real and determining reason — the *causa causans* of the dismissal — or only a simulated reason given to mask the real reason, which is the employee’s trade union activity and which has brought about the employer’s displeasure. [Emphasis added; p. 246.]

[96] In 1978, Judge Morin in *Nadeau* continued this protective jurisprudential dialogue by explaining that the only “good and sufficient” reason for a dismissal is one that the employer can demonstrate is free of anti-union animus (pp. 188-89).

[97] The concept of “dismissals” has been very broadly defined, as two Quebec Court of Appeal decisions demonstrate. In *United Last*, Gagnon J.A. confirmed that the term “dismissal” includes *any* form of termination motivated by union activity:

Le Code du travail, qui date de 1964, a pour but général et premier de promouvoir la paix industrielle et d’établir un équilibre souhaitable entre les aspirations syndicales et les droits patronaux. Il vise donc à réduire les frictions (et, pour ce faire, prévoit des mécanismes efficaces de résolution des conflits), à assurer une stabilité aux relations industrielles et à préserver, autant que faire se peut, la continuité et l’équilibre des rapports collectifs. [par. 53]

[94] Le *Code du travail* a conservé les deux approches que l’on trouvait dans la *Loi des relations ouvrières* de 1959, et notamment la présomption de l’art. 17 obligeant l’employeur à démontrer qu’il a imposé une sanction au salarié pour une « cause juste et suffisante ».

[95] Dans *United Last*, le juge Gagnon a souligné que, lorsque la présomption s’applique, « la loi impose un lourd fardeau à l’employeur » (p. 435). L’examen rigoureux des motifs de l’employeur trouve de solides assises dans les précédents en matière de relations du travail au Québec. Dès 1963, dans l’affaire *Maresq et Brown Bovari (Canada) Ltd.*, [1963] R.D.T. 242 (C.R.O.), où l’employeur a réussi à réfuter la présomption, le juge Gold de la Cour du magistrat a expliqué :

[TRADUCTION] ... afin de décider s’il y a eu ou non violation de la Loi, nous devons, nécessairement, examiner la raison invoquée par l’employeur pour congédier son employé, mais notre examen doit uniquement viser à déterminer si cette raison est la raison véritable et déterminante — la *causa causans* du congédiement — ou un simple prétexte pour camoufler la raison réelle, soit les activités syndicales de l’employé qui ont suscité le mécontentement de l’employeur. [Je souligne; p. 246.]

[96] En 1978, dans *Nadeau*, le juge Morin a suivi cette tendance jurisprudentielle à protéger le salarié en expliquant que la cause du congédiement ne sera « juste et suffisante » que si l’employeur peut prouver qu’elle n’est pas entachée d’antisyndicalisme (p. 188-189).

[97] La notion de « congédiement » a reçu une définition très large comme en témoignent deux décisions de la Cour d’appel du Québec. Dans *United Last*, le juge Gagnon a confirmé que le terme « congédiement » inclut *toutes* les formes de terminaisons d’emploi motivées par des activités syndicales :

[TRANSLATION] The terms “dismissed” and “dismissal” must therefore be interpreted broadly enough that the legislature’s intention is not frustrated, and in my view that interpretation should cover all forms of termination of employment motivated by union activity. [Emphasis added; p. 435.]

[98] Similarly, Montgomery J.A. in *Distinctive Leather Goods Ltd. v. Dubois*, [1976] C.A. 648, had held that the term “*congédiement*” must be interpreted broadly. In rejecting the employer’s argument that there is a hard and fast distinction between “*mise à pied*” and “*congédiement*”, he stated:

Appellant would have us hold that, once an employer has established that he had legitimate economic reasons for wishing to reduce his labour force, neither an inquiry commissioner nor the Labour Court has jurisdiction to inquire further into the matter. I cannot agree that this distinction is a valid one. The words used in section 15, *congédié, suspendu ou déplacé*, (in English, “dismissed, suspended or transferred”), are quite broad enough to cover the case of a *mise à pied* or lay-off. A particular dismissal or suspension may or may not constitute a lay-off, depending upon the circumstances and the motives of the employer. If the employer is able to establish that he had valid economic reasons for terminating the employment, then the complaint may be dismissed, but this is not, in my opinion, a question of jurisdiction. [p. 649]

(See also Verge, Trudeau and Vallée, at p. 91.)

[99] The steady stream of Quebec jurisprudence flowing with a broadly remedial current requiring scrutiny of the reasons for dismissals, culminated in this Court’s decision in *Lafrance v. Commercial Photo Service Inc.*, [1980] 1 S.C.R. 536. *Lafrance* involved the dismissal of employees who participated in an illegal strike. While Chouinard J. concluded that the employer had rebutted the presumption, in defining the phrase “good and sufficient reason”, he relied on Gagnon J.A.’s decision in *United Last*, Judge Morin’s decision in *Nadeau*, Mayrand J.A.’s decision in *Société des Hôtels Méridien Canada Ltée v. Tribunal du travail*, 80 CLLC ¶ 14,026 (C.A.), and, in particular, Gold J.M.C.’s judgment in *Maresq*. Citing *Société des Hôtels*, Chouinard J. confirmed that what must be determined is the [TRANSLATION] “real and serious

Les termes « *congédié* » et « *congédiement* » doivent donc recevoir une interprétation assez large pour que ne soit pas frustrée l’intention du législateur et qui, à mon avis, devrait couvrir toutes les formes de terminaisons d’emploi motivées par des activités syndicales. [Je souligne; p. 435.]

[98] De même, dans *Distinctive Leather Goods Ltd. c. Dubois*, [1976] C.A. 648, le juge Montgomery a conclu que le terme « *congédiement* » doit être interprété dans son sens général. Rejetant l’argument de l’employeur portant qu’il y a une nette distinction entre la « *mise à pied* » et le « *congédiement* », il a affirmé :

[TRADUCTION] Selon l’appelante, il faudrait conclure qu’une fois qu’un employeur a démontré qu’il avait des raisons économiques légitimes de vouloir réduire sa main-d’œuvre, ni le commissaire-enquêteur ni le Tribunal du travail n’a compétence pour examiner davantage la question. J’estime que cette distinction ne tient pas. Les termes « *congédié, suspendu ou déplacé* » utilisés à l’article 15 sont suffisamment généraux pour viser la *mise à pied*. Un congédiement ou une suspension en particulier peut constituer ou non une *mise à pied*, selon les circonstances et les motifs de l’employeur. Si l’employeur peut démontrer qu’il avait des raisons économiques valables de mettre fin à l’emploi d’un salarié, la plainte pourrait être rejetée. Mais, à mon avis, il ne s’agit pas là d’une question de compétence. [p. 649]

(Voir aussi Verge, Trudeau et Vallée, p. 91.)

[99] Ce courant jurisprudentiel constant favorable à un large accès aux mesures réparatrices au Québec, qui imposait l’examen des motifs de congédiement, a culminé avec l’arrêt *Lafrance c. Commercial Photo Service Inc.*, [1980] 1 R.C.S. 536, de notre Cour. Cet arrêt porte sur le congédiement de salariés qui participaient à une grève illégale. Le juge Chouinard a conclu que l’employeur avait repoussé la présomption, mais pour définir ce qu’il faut entendre par une « cause juste et suffisante », il s’est appuyé sur les décisions des juges Gagnon dans *United Last*, Morin dans *Nadeau*, Mayrand dans *Société des Hôtels Méridien Canada Ltée c. Tribunal du travail*, 80 CLLC ¶ 14,026 (C.A.), et en particulier sur les motifs exposés par le juge Gold de la Cour du magistrat dans *Maresq*. Le juge Chouinard a cité *Société des Hôtels* et conclu

reason . . . for the dismissal, and that it is not merely a pretext to camouflage a dismissal for union activities” (p. 545 (emphasis added)):

From the outset it has been held that this phrase means that the investigation commissioner must be satisfied that the other reason relied on by the employer is of a substantial nature and not a pretext, and that it constitutes the true reason for the dismissal. [p. 544]

[100] *Lafrance* did not involve the closing of a business, but its significance lies in its confirmation that an employer’s motives must *always* be assessed to determine whether anti-union animus is involved in the decision to terminate someone’s employment. (See *Hôpital Notre-Dame v. Chabot*, D.T.E. 85T-258, SOQUIJ AZ-85147054 (Lab. Ct.), and *Silva v. Centre hospitalier de l’Université de Montréal — Pavillon Notre-Dame*, 2007 QCCA 458, [2007] R.J.D.T. 363.)

[101] It would be inconsistent with this legislative and judicial history to hold that the most drastic possible employer conduct involving the termination of employment — the closing of a business — is a form of dismissal which is uniquely exempt from scrutiny for anti-union animus. And yet that is precisely the impact of *City Buick*, which was decided only a year following this Court’s decision in *Lafrance*.

[102] In *City Buick*, the unionized employees of a car dealership were in the process of renewing a collective agreement that had been imposed by an arbitrator. The employer locked out the employees. In response, the employees set up a picket line around the business. The general manager of City Buick Pontiac in Montreal openly admitted to the media that he would prefer to close his business rather than to deal with a union. Within days, the employees were laid off and the business was closed. The employees brought a complaint requesting remedies under s. 15 and were successful before the labour commissioner.

qu’il faut déterminer la « cause réelle et sérieuse de congédiement, qui n’est pas un simple prétexte pour camoufler un congédiement pour activités syndicales » (p. 545 (je souligne)) :

Dès le début il a été jugé que cette expression signifie que le commissaire-enquêteur doit être satisfait que l’autre cause invoquée par l’employeur est une cause sérieuse, par opposition à un prétexte, et qu’elle constitue la cause véritable du congédiement. [p. 544]

[100] Même s’il ne porte pas sur la fermeture d’une entreprise, l’arrêt *Lafrance* est important, car il est venu confirmer que les motifs de l’employeur doivent *toujours* être évalués pour déterminer si sa décision de congédier un salarié est entachée d’antisindicalisme. (Voir *Hôpital Notre-Dame c. Chabot*, D.T.E. 85T-258, SOQUIJ AZ-85147054 (T.T.), et *Silva c. Centre hospitalier de l’Université de Montréal — Pavillon Notre-Dame*, 2007 QCCA 458, [2007] R.J.D.T. 363.)

[101] Il serait contraire à ce passé législatif et judiciaire de conclure que le comportement le plus radical possible de l’employeur entraînant la cessation d’emploi — la fermeture d’une entreprise — est une forme de congédiement qui a ceci d’unique qu’il échappe à tout examen visant à déterminer s’il est entaché d’antisindicalisme. Et pourtant, c’est précisément l’effet de la décision *City Buick*, rendue seulement un an après l’arrêt *Lafrance* de notre Cour.

[102] Dans *City Buick*, les employés syndiqués d’un concessionnaire automobile tentaient de renouveler une convention collective qui leur avait été imposée par arbitrage. L’employeur a déclaré un lock-out de ses employés. Ces derniers ont réagi en formant une ligne de piquetage autour de l’entreprise. Le directeur général de City Buick Pontiac à Montréal a publiquement déclaré devant les médias qu’il préférerait fermer son entreprise plutôt que de traiter avec un syndicat. Quelques jours plus tard, les salariés ont été mis à pied et l’entreprise a fermé ses portes. Les salariés ont déposé une plainte dans laquelle ils demandaient réparation en vertu de l’art. 15 et le commissaire du travail leur a donné gain de cause.

[103] On appeal to the Labour Court, Judge Bernard Lesage concluded that the employees had established that the presumption in s. 17 applied to their dismissal because the exercise of their right to picket under the *Labour Code* was concurrent with the decision to dismiss them. He rejected the employer's argument that the closing was motivated by economic difficulties.

[104] However — and significantly — he also asserted that the dismissals resulted from the closing of the store, which was, in his view, [TRANSLATION] “a completely separate aspect” (p. 25). *City Buick* specifically affirmed the application of the s. 17 presumption to a workplace closing, but held that a closing is a “good and sufficient reason” which rebuts the presumption. Judge Lesage concluded that since there is no obligation for a business to remain open, an employer's motives for closing a business, anti-union or otherwise, are not relevant under s. 17.

[105] The reasons for the closing cannot be scrutinized, he held, even if the [TRANSLATION] “cessation is based on socially reprehensible considerations” (p. 26). The only relevant question is whether it is a genuine closing or a subterfuge. In his words:

[TRANSLATION] *What is prohibited is to dismiss employees engaged in union activities, not to definitively close a business because one does not want to deal with a union or because a union cannot be broken, even if the secondary effect of this is employee dismissal.* [Emphasis in original; p. 26.]

The direct reason for the loss of jobs is the closing, he concluded, and a closing is always a “good and sufficient reason” within the meaning of s. 17 for employee dismissals. This conclusion has been interpreted as meaning that neither individual employees nor unions have been able to seek protection under the *Labour Code* from anti-union conduct when the conduct takes the form of a business closing, either under ss. 12 to 14 or under ss. 15 to 19.

[103] Lors de l'appel devant le Tribunal du travail, le juge Bernard Lesage a conclu que les salariés avaient démontré que la présomption de l'art. 17 s'appliquait à leur congédiement parce que l'exercice de leur droit de faire du piquetage reconnu par le *Code du travail* coïncidait avec la décision de les congédier. Il a rejeté l'argument de l'employeur portant que la fermeture était motivée par des difficultés financières.

[104] Fait important, il a toutefois également affirmé que les congédiements découlaient de la fermeture de l'entreprise, qui constituait, selon lui, « un élément tout à fait distinct » (p. 25). *City Buick* a expressément confirmé l'application de la présomption de l'art. 17 lorsqu'une entreprise cesse ses activités, mais elle a statué qu'une fermeture constitue une « cause juste et suffisante » qui réfute la présomption. Le juge Lesage a conclu que, puisque rien n'oblige un employeur à poursuivre ses activités, ses raisons pour fermer une entreprise, qu'elles relèvent de l'antisyndicalisme ou non, ne sont pas pertinentes pour l'application de l'art. 17.

[105] Selon lui, les raisons de la fermeture ne peuvent faire l'objet d'un examen, même si la « cessation est mue par des motifs condamnables socialement » (p. 26). La seule question pertinente est de savoir s'il s'agit d'une véritable fermeture ou d'un subterfuge. Voici ce qu'il a écrit :

Ce qui est interdit, c'est de congédier des salariés qui font des activités syndicales, ce n'est pas fermer définitivement une entreprise parce qu'on ne veut pas transiger avec un syndicat ou qu'on ne peut lui briser les reins, même si cela a pour effet secondaire de congédier les salariés. [En italique dans l'original; p. 26.]

La cause directe des pertes d'emploi est la fermeture et une fermeture, conclut-il, constitue toujours une « cause juste et suffisante » de congédiement au sens de l'art. 17. On a interprété cette conclusion comme signifiant que, lorsque le comportement antisyndical de l'employeur consiste à fermer l'entreprise, ni les salariés ni les syndicats ne peuvent bénéficier de la protection du *Code du travail*, que ce soit en vertu des art. 12 à 14 ou des art. 15 à 19.

[106] Despite this Court's explicit conclusion in *Lafrance* that in order to rebut the presumption, an employer must demonstrate that the decision was not motivated by anti-union animus or it would be unlawful, *City Buick* considered only the *fact* of whether the closing was definitive, genuine and permanent, without in any way relating that fact to the possible underlying motives.

[107] It strikes me as oddly tautological to conclude that a business closing is a good enough reason for closing a business. The effect is to suggest that under the *Labour Code*, an employer's conduct can be scrutinized for anti-union motives if a single employee is dismissed, but not if *all* employees are dismissed. Closing a business can in fact be the most severe form of reprisal for union activity. To close a business in order to avoid a union is to dismiss employees because they have engaged in union activity.

[108] Far from representing a continuation of the jurisprudential pedigree surrounding dismissals as the majority asserts, *City Buick* cited no jurisprudence, either from the Supreme Court of Canada the previous year or from the long chain of Quebec jurisprudence stressing the importance of scrutinizing an employer's conduct in the case of a dismissal. *City Buick* ignored not only the consistent stream of Quebec jurisprudence on what constitutes a dismissal, but also the consistent jurisprudential confirmation that once an employee has been dismissed and demonstrated that he or she was exercising a right under the *Labour Code*, the burden shifts to the employer to demonstrate that the dismissal was not motivated by anti-union animus.

[109] *City Buick* was therefore a departure from what had been an undisputed approach requiring, *in every context*, an assessment of the "real and serious reason" for a dismissal. It adopted a new and dramatically narrower definition of a dismissal,

[106] Bien que, dans *Lafrance*, notre Cour ait conclu expressément que, pour réfuter la présomption, l'employeur doit démontrer que sa décision n'était pas motivée par l'antisindicalisme — à défaut de quoi sa décision est illégale —, *City Buick* a tenu compte uniquement du *fait* que la fermeture était ou non définitive, véritable et permanente, sans même rattacher ce fait aux raisons qui auraient pu motiver la fermeture.

[107] Il m'apparaît étrangement pléonastique de conclure que la fermeture d'une entreprise est une raison suffisante pour fermer l'entreprise. Cette affirmation mène à croire que le *Code du travail* permet de vérifier si le comportement de l'employeur est motivé par l'antisindicalisme lorsqu'il congédie un seul salarié, mais ne le permet pas lorsqu'il les congédie *tous*. Fermer une entreprise peut en fait être la forme de représailles la plus sévère qu'un employeur puisse exercer contre ses salariés qui participent à des activités syndicales. Fermer une entreprise pour éviter de traiter avec un syndicat, c'est congédier les salariés à cause de leurs activités syndicales.

[108] Loin de perpétuer la lignée des décisions antérieures en matière de congédiement, comme l'affirment les juges majoritaires, *City Buick* ne mentionne aucune décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'année qui a précédé ou appartenant à la longue série de décisions québécoises soulignant l'importance d'examiner le comportement de l'employeur dans les cas de congédiement. *City Buick* a ainsi fait fi non seulement de la définition jurisprudentielle de la notion de congédiement adoptée uniformément au Québec, mais aussi de la jurisprudence constante confirmant que, dès qu'un salarié démontre qu'il exerçait un droit que lui confère le *Code du travail* au moment où il a été congédié, le fardeau de la preuve est inversé et l'employeur doit prouver que le congédiement ne procède pas d'un motif antisindical.

[109] La décision *City Buick* a donc dérogé à ce qui constituait une approche non contestée exigeant, *dans chaque cas*, l'examen de la « cause réelle et sérieuse » du congédiement. Elle a attribué un nouveau sens considérablement plus restreint au

resting on an artificial distinction between a dismissal when a business is closed and a dismissal in other circumstances. It is a distinction the majority seeks to retain.

[110] Since in all other complaints involving s. 15 the Commission scrutinizes the motives of the employer for anti-union animus, it is inconsistent with the intent of the *Labour Code* in general, and with the purpose of s. 15 in particular, to scrutinize only the authenticity of a closing, rather than the reasons behind it. Interpreting ss. 15 and 17 differently in the case of the closing of a business has the effect of rendering those provisions mute in such circumstances, leaving employees uniquely without their traditional remedial access in only one labour relations context, arguably the most dramatic for employees.

[111] As Professor Clyde Summers observed in his critical discussion of the U.S. Supreme Court's decision in *Textile Workers Union of America v. Darlington Manufacturing Co.*, 380 U.S. 263 (1965), which concluded that an employer's decision to close does not constitute an unfair labour practice:

The mischief in the Court's reasoning is that it ignores the rights of those who have been discriminatorily discharged. The essence of the Court's logic is that discharge for supporting the union is not itself an unfair labor practice, that it is no wrong as to the ones discharged, and that the law is not concerned with their injury.

(“Labor Law in the Supreme Court: 1964 Term” (1965-1966), 75 *Yale L.J.* 59, at p. 67)

In other words, the closing is not only punitive for those employees who attempt to unionize, but also sends a general message that unionization is an endeavour that carries the risk of the loss of jobs for all employees in that workplace.

[112] A comparative review of the jurisprudence demonstrates that labour boards across Canada

terme congédiement, fondé sur une distinction artificielle entre un congédiement dans le contexte de la fermeture d'une entreprise et un congédiement dans d'autres circonstances. Les juges de la majorité tentent de maintenir cette distinction.

[110] Puisque, dans tous les autres cas où la Commission examine une plainte dans laquelle l'art. 15 est invoqué, elle vérifie si l'employeur était motivé par l'antisyndicalisme, il serait incompatible avec l'esprit du *Code du travail*, en général, et avec l'objectif de l'art. 15, en particulier, d'examiner uniquement l'authenticité de la fermeture plutôt que les raisons qui l'ont motivée. Donner aux art. 15 et 17 une interprétation différente lors de la fermeture d'une entreprise a pour effet de neutraliser ces dispositions en pareilles circonstances et d'empêcher exceptionnellement les salariés d'exercer leurs recours habituels dans un seul contexte du domaine des relations du travail, qui est sans doute le plus dramatique pour les salariés.

[111] Comme le professeur Clyde Summers l'a observé dans son analyse critique de *Textile Workers Union of America c. Darlington Manufacturing Co.*, 380 U.S. 263 (1965), arrêt dans lequel la Cour suprême des É.-U. a conclu que la décision d'un employeur de fermer son entreprise ne constitue pas une pratique déloyale de travail :

[TRADUCTION] La faille dans le raisonnement de la Cour est qu'il ne tient pas compte des droits des salariés qui ont été congédiés de façon discriminatoire. La logique de la Cour part du principe que le congédiement des salariés pour leur appui au syndicat ne constitue pas en soi une pratique déloyale de travail ni un acte fautif envers les salariés congédiés et que la loi ne se soucie pas du préjudice qu'ils ont subi.

(« Labor Law in the Supreme Court : 1964 Term » (1965-1966), 75 *Yale L.J.* 59, p. 67)

En d'autres termes, la fermeture non seulement punit les salariés qui tentent de se syndiquer, mais transmet aussi un message général selon lequel la syndicalisation expose tous les salariés de ce lieu de travail au risque de perdre leur emploi.

[112] Une analyse comparative de la jurisprudence démontre que les différentes commissions

have consistently refused to immunize employers who are inspired to close a business — and dismiss employees — by anti-union motives (Adams, at p. 10-9). Furthermore, labour boards have consistently held that a decision that is tainted by anti-union animus, whether a closing or any other action, is a violation of labour rights. (See generally, the Canada Labour Relations Board: *Retail Clerks' International Union and National Bank of Canada* (1981), 42 di 352; New Brunswick Labour and Employment Board: *J.D. Irving Ltd. and C.E.P.* (2003), 94 C.L.R.B.R. (2d) 105; Alberta Labour Relations Board: *Central Web Offset Ltd. and C.E.P., Local 255G* (2008), 155 C.L.R.B.R. (2d) 113; British Columbia Labour Relations Board: *Hunt Manufacturing Ltd. and United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local No. 170*, [1993] B.C.L.R.B.D. No. 291 (QL); *EF International Language Schools Inc. (Re)*, [1997] B.C.L.R.B.D. No. 203 (QL); *874352 Ont. Ltd. (Comox District Free Press) and G.C.I.U., Local 525 M* (1995), 26 C.L.R.B.R. (2d) 209; Saskatchewan Labour Relations Board: *Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 454 v. Westfair Foods Ltd.*, [1993] S.L.R.B.D. No. 2 (QL); Ontario Labour Relations Board: *Academy of Medicine*, [1977] O.L.R.B. Rep. 783; *Westinghouse Canada Ltd.*, [1980] O.L.R.B. Rep. 577, application for judicial review dismissed, 80 CLLC ¶ 14,062 (Ont. Div. Ct.); *Humber College of Applied Arts and Technology*, [1979] O.L.R.B. Rep. 520; *Doral Construction Ltd.*, [1980] O.L.R.B. Rep. 693.)

[113] In the view of the majority, the jurisprudence on the closing of a business in the rest of Canada is not relevant in Quebec, since it is up to each provincial legislature to decide on the proper balance between employer and employee rights. There is no doubt that provinces are entitled to strike their own legislative balance, but the current approach to business closings in Quebec did not emerge from a legislative construct, but from a jurisprudential one that was developed in *City Buick* and perpetuated

du travail au pays refusent habituellement de reconnaître une immunité aux employeurs qui veulent fermer leur entreprise — et congédier leurs salariés — pour des raisons antisyndicales (Adams, p.10-9). De plus, les commissions du travail concluent systématiquement qu'une décision entachée d'anti-syndicalisme porte atteinte aux droits des salariés, peu importe qu'il s'agisse de la décision de fermer une entreprise ou d'une autre décision. (Voir en général, Conseil canadien des relations du travail : *Union internationale des employés de commerce et Banque Nationale du Canada* (1981), 42 di 352; Commission du travail et de l'emploi du Nouveau-Brunswick : *J.D. Irving Ltd. and C.E.P.* (2003), 94 C.L.R.B.R. (2d) 105; Alberta Labour Relations Board : *Central Web Offset Ltd. and C.E.P., Local 255G* (2008), 155 C.L.R.B.R. (2d) 113; Labour Relations Board de la Colombie-Britannique : *Hunt Manufacturing Ltd. and United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local No. 170*, [1993] B.C.L.R.B.D. No. 291 (QL); *EF International Language Schools Inc. (Re)*, [1997] B.C.L.R.B.D. No. 203 (QL); *874352 Ont. Ltd. (Comox District Free Press) and G.C.I.U., Local 525 M* (1995), 26 C.L.R.B.R. (2d) 209; Saskatchewan Labour Relations Board : *Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 454 c. Westfair Foods Ltd.*, [1993] S.L.R.B.D. No. 2 (QL); Commission des relations de travail de l'Ontario : *Academy of Medicine*, [1977] O.L.R.B. Rep. 783; *Westinghouse Canada Ltd.*, [1980] O.L.R.B. Rep. 577, requête en révision judiciaire rejetée, 80 CLLC ¶ 14,062 (C. div. Ont.); *Humber College of Applied Arts and Technology*, [1979] O.L.R.B. Rep. 520; *Doral Construction Ltd.*, [1980] O.L.R.B. Rep. 693.)

[113] Selon les juges majoritaires, la jurisprudence portant sur la fermeture d'une entreprise dans le reste du Canada n'est pas pertinente au Québec, puisqu'il revient à chaque législateur provincial de décider où se situe le juste équilibre entre les droits des employeurs et ceux des salariés. Il ne fait certes aucun doute que les provinces ont le droit d'établir leur propre équilibre dans la législation, mais l'approche actuelle concernant les fermetures d'entreprises au Québec n'émane pas d'une mesure

notwithstanding its inconsistency with the interpretation of the Supreme Court in *Lafrance* a year earlier, with Quebec's own labour jurisprudence, and with the text of the *Labour Code* itself.

[114] I see *City Buick* as a singular deviation from the prior Quebec jurisprudence and a sharp departure from the remedial approach and legislative objectives embodied in the *Labour Code*. All this, in my view, makes it unsustainable.

[115] Nor do I find much support in *I.A.T.S.E., Stage Local 56 v. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 SCC 2, [2004] 1 S.C.R. 43, for Wal-Mart's argument that *City Buick* should remain operative. The issue in *Place des Arts* was the use of replacement workers under s. 109.1(b) of the *Labour Code* and whether the union was entitled to an injunction against Place des Arts for "utilizing" replacement workers. The union was successful at the Quebec Superior Court and the Court of Appeal. In this Court, however, the conclusion was that the employer was not "utilizing" replacement workers. Section 109.1(b) was the only provision at issue in the case. The fundamental principles in *Place des Arts* about what constitutes "utilizing" workers under s. 109.1(b) and about the right of a business to close are not impugned in these reasons.

[116] *City Buick* was peripheral to the Court's analysis. *Place des Arts* affirmed *City Buick* only to the extent of confirming the proposition that employers have the right to close a business. Nothing in *Place des Arts* suggests that s. 15 cannot provide remedies to dismissed employees, or that the s. 17 presumption is unavailable in the case of a business closing.

législative, mais plutôt d'un concept jurisprudentiel qui a été élaboré dans *City Buick* et appliqué par la suite malgré son incompatibilité avec l'interprétation retenue par la Cour suprême dans *Lafrance* un an plus tôt, avec la jurisprudence québécoise en matière de droit du travail et avec le texte même du *Code du travail*.

[114] Selon moi, la décision *City Buick* a dérogé inopinément à la jurisprudence québécoise antérieure et s'est nettement écartée de l'approche réparatrice et des objectifs législatifs établis dans le *Code du travail*. Pour ces raisons, elle est à mon avis inacceptable.

[115] Je ne vois pas vraiment non plus en quoi l'arrêt *A.I.E.S.T., local de scène n° 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal*, 2004 CSC 2, [2004] 1 R.C.S. 43, appuie l'argument de Wal-Mart selon lequel la décision *City Buick* devrait continuer de s'appliquer. Le litige dans *Place des Arts* portait sur l'utilisation de travailleurs de remplacement interdite par l'al. 109.1b) du *Code du travail* et sur la question de savoir si le syndicat pouvait obtenir une injonction contre la Place des Arts pour l'empêcher d'« utiliser » des travailleurs de remplacement. La Cour supérieure du Québec et la Cour d'appel ont donné gain de cause au syndicat. Notre Cour a toutefois conclu que l'employeur n'« utilisait » pas des travailleurs de remplacement. L'alinéa 109.1b) était la seule disposition en cause dans cette affaire. Les présents motifs ne mettent pas en doute les principes fondamentaux énoncés dans *Place des Arts* sur ce qu'il faut entendre par « utiliser » des travailleurs au sens de l'al. 109.1b) et sur le droit d'une entreprise de cesser ses activités.

[116] La décision *City Buick* était accessoire à l'analyse de la Cour. *Place des Arts* a confirmé *City Buick* seulement en ce qui concerne la conclusion qu'un employeur a le droit de fermer son entreprise. Rien dans *Place des Arts* ne permet de conclure qu'aucune réparation ne peut être accordée en application de l'art. 15 aux salariés congédiés, ou que la présomption de l'art. 17 ne s'applique pas dans le cas de la fermeture d'une entreprise.

[117] And, significantly, no one challenged or disputed the *City Buick* line of cases at any stage of the proceedings in *Place des Arts*. It can therefore hardly be said that the Court addressed its mind to its ongoing relevance in such a way that ought to constrain our central invitation in this case to consider its continued legitimacy.

[118] The fact that a single passage from *City Buick* was cited by this Court in connection with an unrelated issue and for a proposition that no one disputes, should not be taken as this Court giving its imprimatur to the central conclusion in *City Buick*.

[119] The majority is prepared to acknowledge that *City Buick* ought no longer to stand as a precedent to foreclose access to scrutiny for anti-union animus, but only if the scrutiny takes place under ss. 12 to 14 of the *Labour Code*, provisions traditionally used by unions, not employees. This prevents the scrutiny from being accompanied by the benefit of the presumption. An invitation is accordingly being extended by the majority to employees to wander from their habitual statutory home in ss. 15 to 19 and take up temporary residence under ss. 12 to 14 when they want a business closing scrutinized.

[120] It is frankly unclear from the jurisprudence and academic literature whether employees are also, like unions, able to use ss. 12 to 14. It is true that historically employees have not used these provisions, just as unions have eschewed ss. 15 to 19. But those are questions of standing that we need not address definitively in these reasons in the absence of full argument by the parties. In any event, the question is not whether employees are entitled to use ss. 12 to 14 to scrutinize dismissals when a business is closed, but whether they should be deprived of access to ss. 15 to 19, including the presumption in s. 17, in that same context.

[117] Fait révélateur, personne n'a attaqué ni mis en doute la série de décisions découlant de l'affaire *City Buick* à quelque étape que ce soit dans *Place des Arts*. On peut donc difficilement prétendre que la Cour en a évalué la pertinence d'une manière qui devrait nous inciter à ne pas examiner la question de savoir si elle est toujours légitime comme nous y sommes invités au premier chef en l'espèce.

[118] Il ne faut pas déduire de la mention d'un seul extrait de *City Buick* par notre Cour, sur une question totalement indépendante et à l'appui d'une proposition que nul ne conteste, qu'elle en approuve la conclusion déterminante.

[119] Les juges de la majorité sont prêts à reconnaître que la décision *City Buick* ne devrait plus servir de précédent pour exclure totalement la recherche de motifs antisyndicaux, mais seulement lorsque cette recherche se situe dans le contexte de l'application des art. 12 à 14 du *Code du travail*, que les syndicats, et non les employés, utilisent traditionnellement. Ainsi, la recherche de motifs anti-syndicaux ne serait plus assortie de l'avantage qui découle de la présomption. Les juges majoritaires invitent donc les salariés à se prévaloir des art. 12 à 14 pour faire examiner la fermeture d'une entreprise, au lieu de recourir aux art. 15 à 19 comme ils en ont l'habitude.

[120] La jurisprudence et la doctrine n'indiquent franchement pas clairement si les salariés peuvent aussi, à l'instar des syndicats, invoquer les art. 12 à 14. Il est vrai que les salariés n'ont pas utilisé ces dispositions par le passé et que les syndicats évitent de recourir aux art. 15 à 19. Il s'agit toutefois de questions concernant la qualité pour agir que nous n'avons pas à trancher de façon définitive dans les présents motifs, faute d'argumentation complète de la part des parties. Quoi qu'il en soit, la question n'est pas de savoir si les salariés ont le droit de recourir aux art. 12 à 14 pour faire examiner un congédiement par suite de la fermeture d'une entreprise, mais si le droit d'invoquer les art. 15 à 19, et notamment la présomption de l'art. 17, devrait leur être refusé en pareilles circonstances.

[121] Both sets of provisions were designed to address an employer's anti-union conduct, but the 15 years between them represent an evolutionary arc that had less to do with who had standing to challenge an employer's anti-union conduct and more to do with the recognition, implemented in ss. 15 to 19, that remedies other than penal ones were *additionally* appropriate, and that a different onus was justified to reflect the reality of the informational imbalance between employers and unions or employees.

[122] The majority offers no reason for depriving employees of the benefit of the historic protection of the presumption for dismissals in the case of workplace closings other than its concern about the "lopsided advantage" it offers. This "lopsided advantage" is at the procedural core of the Quebec legislature's scheme to protect employees from unfair labour practices, as Judge Morin explained in *Nadeau*:

[TRANSLATION] Since the purpose of the 1959 amendment was to afford effective protection to employees, the legislature, believing that employees would encounter excessive difficulties in trying to prove that they were transferred, suspended or dismissed because of their union activities, wished to reverse the burden of proof and accordingly created the presumption provided for in section 16 [s. 17 of the present *Labour Code*]. [p. 188]

[123] And the presumption is hardly insurmountable. In addition to *Maresq* and *Lafrance*, employers have been able to discharge the presumption in numerous cases, such as *Houde v. Université Concordia*, 2007 QCCRT 454, [2007] D.C.R.T.Q. n° 454 (QL); *Craig v. Université McGill (Office of Secretariat)*, 2007 QCCRT 278, [2007] D.C.R.T.Q. n° 278 (QL); *Dallaire v. Sûreté du Québec*, 2007 QCCRT 74, [2007] D.C.R.T.Q. n° 74 (QL); *Desgagné v. Québec (Ministère de l'Emploi, de la Solidarité sociale et de la Famille)*, 2005 QCCRT 351, [2005] D.C.R.T.Q. n° 351 (QL); *Ouimet v. Solotech location inc.*, 2005 QCCRT 180, [2005]

[121] Ces deux groupes de dispositions ont été conçus pour offrir une solution au comportement antisyndical d'un employeur, mais les 15 années qui les séparent ont été marquées par l'évolution, pas tant de la question de savoir qui a qualité pour contester le comportement antisyndical d'un employeur, mais davantage de la reconnaissance — exprimée dans les art. 15 à 19 — de l'opportunité d'instaurer *également* des recours complémentaires, qui ne seraient pas de nature pénale, et du bien-fondé d'un fardeau de preuve différent compte tenu du déséquilibre concret entre l'employeur et le syndicat ou les salariés sur le plan de l'information.

[122] Les juges majoritaires ne donnent aucune raison pour priver les salariés de l'avantage que leur offre depuis longtemps la présomption applicable aux congédiements dans le contexte de la fermeture d'une entreprise, si ce n'est la crainte qu'elle leur accorde un « avantage disproportionné ». Cet « avantage disproportionné » est une composante procédurale essentielle du régime mis en place par le législateur québécois pour protéger les salariés contre les pratiques déloyales de travail, comme l'a expliqué le juge Morin dans *Nadeau* :

Comme le but de l'amendement de 1959 était de protéger efficacement le salarié, le législateur jugeant que le salarié rencontrerait de trop grandes difficultés en tentant de prouver que c'est à cause de ses activités syndicales qu'il a été déplacé, suspendu ou congédié, a voulu renverser le fardeau de la preuve d'où la présomption édictée par l'article 16 [art. 17 du *Code du travail* actuel]. [p. 188]

[123] De plus, cette présomption n'est vraiment pas insurmontable. L'employeur a réussi à la repousser non seulement dans *Maresq* et *Lafrance*, mais dans de nombreuses autres affaires, comme *Houde c. Université Concordia*, 2007 QCCRT 454, [2007] D.C.R.T.Q. n° 454 (QL); *Craig c. Université McGill (Office of Secretariat)*, 2007 QCCRT 278, [2007] D.C.R.T.Q. n° 278 (QL); *Dallaire c. Sûreté du Québec*, 2007 QCCRT 74, [2007] D.C.R.T.Q. n° 74 (QL); *Desgagné c. Québec (Ministère de l'Emploi, de la Solidarité sociale et de la Famille)*, 2005 QCCRT 351, [2005] D.C.R.T.Q. n° 351 (QL); *Ouimet c. Solotech location inc.*, 2005 QCCRT 180, [2005]

D.C.R.T.Q. n° 180 (QL); *Bazinet v. Commission scolaire de la Seigneurie-des-Mille-Îles*, 2004 QCCRT 606, [2004] D.C.R.T.Q. n° 606 (QL); *D'Amour v. Autobus Matanais inc.*, 2004 QCCRT 450, [2004] D.C.R.T.Q. n° 450 (QL); *Marcoux v. Thetford Mines (Ville)*, 2004 QCCRT 76, [2004] D.C.R.T.Q. n° 76 (QL); *Simard v. Québec (Ministère de la Sécurité publique)*, 2004 QCCRT 57, [2004] D.C.R.T.Q. n° 57 (QL); *Bédard v. Étalex inc.*, 2004 QCCRT 45, [2004] D.C.R.T.Q. n° 45 (QL); *Laramée v. Coop de taxi de Montréal*, 2004 QCCRT 30, [2004] D.C.R.T.Q. n° 30 (QL); *Turcotte v. Montréal (Ville)*, 2003 QCCRT 545, [2003] D.C.R.T.Q. n° 545 (QL); *Turpin v. Collège d'enseignement général et professionnel de St-Laurent* (1988), 26 Q.A.C. 296; *Cie Price Ltée v. Auclair*, D.T.E. 88T-688, SOQUIJ AZ-88021372 (Sup. Ct.); and *Hôpital Royal Victoria v. Duceppe*, [1984] T.T. 163.

[124] The presumption under s. 17 is one of the most vaunted equity tools in modern labour law and is, arguably, as conceptually and analytically significant for employees seeking protection from anti-union conduct as is the presumption of innocence in criminal law. Yet the majority's obvious discomfort with the presumption in s. 17 has caused it to interpret the legislation in such a way that the presumption is unavailable to assist an employee who has been dismissed when a workplace closes.

[125] With respect, there is no philosophical, jurisprudential, or textual support for the majority's idea that ss. 15 to 19, including the presumption in s. 17, apply to dismissals only where there is an ongoing workplace. Legislative provisions such as those found in s. 15 were for the express purpose of providing expanded civil remedies — including the procedural remedy of a presumption — for any conduct motivated by anti-union animus. Though reinstatement is not a feasible remedy in a closed workplace, it is not the *only* remedy contemplated by s. 15, it is only the most expansive one possible to fulfill s. 15's objectives (*Alltour Marketing Support Services Ltd. v. Perras*, D.T.E. 83T-855, SOQUIJ AZ-83147158 (Lab. Ct.); *Produits Coq*

D.C.R.T.Q. n° 180 (QL); *Bazinet c. Commission scolaire de la Seigneurie-des-Mille-Îles*, 2004 QCCRT 606, [2004] D.C.R.T.Q. n° 606 (QL); *D'Amour c. Autobus Matanais inc.*, 2004 QCCRT 450, [2004] D.C.R.T.Q. n° 450 (QL); *Marcoux c. Thetford Mines (Ville)*, 2004 QCCRT 76, [2004] D.C.R.T.Q. n° 76 (QL); *Simard c. Québec (Ministère de la Sécurité publique)*, 2004 QCCRT 57, [2004] D.C.R.T.Q. n° 57 (QL); *Bédard c. Étalex inc.*, 2004 QCCRT 45, [2004] D.C.R.T.Q. n° 45 (QL); *Laramée c. Coop de taxi de Montréal*, 2004 QCCRT 30, [2004] D.C.R.T.Q. n° 30 (QL); *Turcotte c. Montréal (Ville)*, 2003 QCCRT 545, [2003] D.C.R.T.Q. n° 545 (QL); *Turpin c. Collège d'enseignement général et professionnel de St-Laurent* (1988), 26 Q.A.C. 296; *Cie Price Ltée c. Auclair*, D.T.E. 88T-688, SOQUIJ AZ-88021372 (C.S.); et *Hôpital Royal Victoria c. Duceppe*, [1984] T.T. 163.

[124] La présomption établie par l'art. 17 constitue l'un des mécanismes d'équité les plus vantés en droit du travail moderne et, d'un point de vue conceptuel et analytique, elle revêt sans doute une aussi grande importance pour les salariés qui veulent être protégés contre le comportement antisyndical de l'employeur que la présomption d'innocence en droit criminel. Pourtant, le malaise qu'éprouvent manifestement les juges majoritaires devant la présomption établie par l'art. 17 les a poussés à donner à la loi une interprétation qui ne permet pas à un salarié congédié par suite d'une fermeture de s'en prévaloir.

[125] Soit dit en toute déférence, il n'existe aucun fondement philosophique, jurisprudenciel ou textuel à l'affirmation des juges majoritaires selon laquelle les art. 15 à 19, et notamment la présomption de l'art. 17, ne s'appliquent aux congédiements que lorsqu'une entreprise est toujours en activité. Les dispositions législatives comme celles de l'art. 15 visent expressément à élargir les recours civils — notamment, sur le plan procédural, par le jeu d'une présomption — contre *tout* comportement motivé par l'antisindicalisme. Bien que la réintégration à titre de réparation soit impossible lorsque l'entreprise est fermée, elle n'est pas la *seule* réparation visée à l'art. 15, mais simplement la réparation la plus large qui permette d'en réaliser les objectifs

d'Or Ltée v. Lévesque, [1984] T.T. 73; and *T.A.S. Communications v. Thériault*, [1985] T.T. 271).

[126] The majority's approach also seems to be an argument that bases its interpretation for the entire scheme introducing civil remedies in ss. 15 to 19 almost five decades ago, around four words in s. 15: "reinstat[e] . . . in his employment". To suggest that s. 15 is only available to a dismissed employee in the case of an ongoing workplace, contradicts the unequivocal jurisprudence confirming that remedial statutes require a broad interpretation consistent with the purposes of the legislation, not a word-by-word parsing that drains the language of its remedial content. As Pierre-André Côté noted in *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000):

At common law, traditionally a distinction is made between penal statutes and remedial statutes: the former are interpreted strictly, the other liberally. [p. 499]

And Iacobucci J., in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, confirmed that "benefits-conferring legislation" like labour legislation, was to "be interpreted in a broad and generous manner. Any doubt arising from difficulties of language should be resolved in favour of the claimant" (para. 36).

[127] Quebec's *Interpretation Act*, R.S.Q., c. I-16, similarly guides us in s. 41, which states:

Every provision of an Act is deemed to be enacted for the recognition of rights, the imposition of obligations or the furtherance of the exercise of rights, or for the remedying of some injustice or the securing of some benefit.

Such statute shall receive such fair, large and liberal construction as will ensure the attainment of its object and the carrying out of its provisions, according to their true intent, meaning and spirit.

When it was applied in *Syndicat des infirmières et infirmiers du Centre hospitalier de l'Archipel*

(*Alltour Marketing Support Services Ltd. c. Perras*, D.T.E. 83T-855, SOQUIJ AZ-83147158 (T.T.); *Produits Coq d'Or Ltée c. Lévesque*, [1984] T.T. 73; et *T.A.S. Communications c. Thériault*, [1985] T.T. 271).

[126] Le raisonnement des juges majoritaires semble aussi faire reposer l'interprétation du régime complet qui a créé les recours civils prévus aux art. 15 à 19 il y a près de 50 ans uniquement sur quatre mots figurant à l'art. 15 : « réintégrer [. . .] dans son emploi ». Affirmer qu'un salarié congédié peut se prévaloir de l'art. 15 seulement si l'entreprise demeure en activité contredit la jurisprudence non équivoque confirmant que les dispositions réparatrices doivent recevoir une interprétation large, en conformité avec l'objet de la loi, et non être analysées mot à mot de sorte que leur libellé se trouve vidé de son contenu à vocation réparatrice. Comme l'a souligné Pierre-André Côté dans *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999) :

En common law, la tradition consacre une distinction entre les lois pénales (*penal*) et lois [r]é]médiales (*remedial*) : les premières s'interprètent restrictivement et les secondes, extensivement. [p. 629]

De plus, dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, le juge Iacobucci a confirmé qu'une « loi conférant des avantages », comme une mesure législative sur les relations du travail, doit « être interprétée de façon libérale et généreuse. Tout doute découlant de l'ambiguïté des textes doit se résoudre en faveur du demandeur » (par. 36).

[127] Il est aussi utile de se référer à l'art. 41 de la *Loi d'interprétation* du Québec, L.R.Q., ch. I-16 :

Toute disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage.

Une telle loi reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin.

En appliquant ce principe dans *Syndicat des infirmières et infirmiers du Centre hospitalier de*

(*FIIQ*) v. *Plante*, [2003] J.Q. n° 997 (QL) (Sup. Ct.), the court noted:

[TRANSLATION] With this in mind, the proper approach is to favour a large and liberal interpretation of the Labour Code . . . [para. 57]

[128] Adams points out that the intended protection in the scheme was — and is — from reprisals generally, *including* dismissals (p. 10-7). The language of ss. 12 to 19 tracks this objective, referring to threats, intimidation, discrimination, sanctions, suspensions, transfers *and* dismissals, representing a continuum of anti-union conduct, with dismissals being the most serious. Section 15(b), for example, uses remedial language such as “cancel the sanction”, “cease practising discrimination”, and “pay him as an indemnity . . . other benefits of which he was deprived due to the sanction, discrimination or reprisals”.

[129] There must logically therefore be seen to be a continuum of remedies for this continuum of conduct, with reinstatement being the most significant. To see s. 15, therefore, as only being a vehicle for reinstatement, reads out the possibility of redress using other available remedies. A reinstatement hardly makes sense for the loss of a promotion, or a demotion, or a reduction in pay, or the failure to provide a pay increase, let alone a threat of any of the above. These are among the kinds of activity that are encompassed by the words “discrimination”, “reprisals”, or “any other sanction” used in s. 15. And the language of s. 17, which creates the presumption, speaks generally of “the sanction . . . imposed . . . or the action . . . taken”.

[130] If the legislature had intended to restrict access to remedies for anti-union conduct to circumstances where only reinstatement was the appropriate remedy, it would hardly have provided such an expansive menu of unlawful conduct. That this entire scheme should instead be determined by

l'Archipel (FIIQ) c. Plante, [2003] J.Q. n° 997 (QL), la Cour supérieure s'est exprimée ainsi :

Dans cette optique, il y a lieu de favoriser une interprétation large et libérale du Code du travail . . . [par. 57]

[128] Adams souligne que le régime législatif visait — et vise toujours — à offrir une protection contre les représailles en général, *y compris* les congédiements (p. 10-7). Le libellé des art. 12 à 19 s'accorde avec cet objectif, en mentionnant les menaces, l'intimidation, les mesures discriminatoires, les sanctions, la suspension, le déplacement *et* le congédiement, qui forment un continuum de manœuvres antisyndicales, dont le congédiement est la plus radicale. Les termes mêmes utilisés dans l'al. 15b), par exemple, renvoient à la notion de réparation : « annuler une sanction », « cesser d'exercer des mesures discriminatoires » et « lui verser à titre d'indemnité [. . .] [l]es autres avantages dont l'ont privé la sanction, les mesures discriminatoires ou de représailles ».

[129] Logiquement, il faut donc croire qu'il existe, pour ce continuum de comportements, un continuum de réparations, dont la réintégration est la plus importante. Par conséquent, considérer l'art. 15 strictement comme un mécanisme de réintégration exclut la possibilité d'exercer une autre forme de recours en réparation. La réintégration ne saurait, logiquement, remédier à la perte d'une promotion, à une rétrogradation, à une diminution de salaire ou à la privation d'une hausse salariale, et encore moins à des menaces de sanctions de cet ordre. Ces situations relèvent des comportements visés par les termes « mesures discriminatoires », « mesures [. . .] de représailles » ou « toute autre sanction » employés à l'art. 15. De plus, le libellé de l'art. 17, qui crée la présomption, parle en termes généraux de « la sanction [. . .] imposée ou [de] la mesure [. . .] prise ».

[130] Si le législateur avait voulu restreindre les recours pour manœuvres antisyndicales aux seuls cas dans lesquels la réintégration constitue la réparation appropriée, il n'aurait probablement pas dressé une liste aussi diversifiée de conduites illégales. Affirmer que toute la teneur de ce régime doit

the words “reinstate . . . in his employment” in s. 15, strikes me as introducing the interpretive novelty of a highly restrictive approach to remedial legislation which had traditionally attracted a highly expansive one.

[131] And as for the majority’s suggestion that since remedies for dismissals in the case of a workplace closing are available under ss. 12 to 14, recourse to ss. 15 to 19 must be seen to be duplicative, one can reasonably ask why such a confluence does not, equally, argue for finding ss. 12 to 14 duplicative, rather than ss. 15 to 19. The only difference, of course, is that the presumption is part of the ss. 15 to 19 remedial route, but not the one in ss. 12 to 14. It seems to me, with respect, that before such a remedial deprivation is permitted to occur through statutory interpretation, there should be a justification based on legislative and historic purpose, rather than on an objection to the presumption.

[132] It is true that the Commission, unlike an arbitrator, cannot refuse to grant reinstatement when it is feasible. It is also true that reinstatement is not feasible in the case of a business closing. But it is no less true that Quebec’s labour jurisprudence supports the imposition of subsidiary or alternative remedies, such as compensation, when reinstatement is not feasible.

[133] This is not surprising. To conclude that no appropriate remedial alternatives are available, is to attribute to the legislature an intention to redress only unlawful conduct which can be redressed by reinstatement. Such an ungenerous and impractical intention collides with the approach to remedies in the law of obligations set out in art. 1590 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, which provides for the application of alternative remedies (Didier Lluellas and Benoît Moore, *Droit des obligations*

être établie en fonction des mots « réintégrer [. . .] dans son emploi » figurant à l’art. 15 m’apparaît comme l’adoption inédite d’une attitude fortement restrictive dans l’interprétation des lois réparatrices, qui ont traditionnellement reçu une interprétation très large.

[131] En ce qui concerne la thèse des juges majoritaires voulant que, parce que les art. 12 à 14 permettent d’obtenir réparation en cas de congédiement dans le contexte de la fermeture de l’entreprise, les art. 15 à 19 doivent être considérés comme faisant double emploi, on peut raisonnablement se demander pourquoi pareille convergence ne mènerait pas tout autant à la conclusion que ce sont plutôt les art. 12 à 14 qui font double emploi. La seule différence entre ces groupes d’articles est évidemment que la présomption fait partie de la voie de droit prévue par les art. 15 à 19 pour l’obtention d’une réparation, et non de celle prévue par les art. 12 à 14. Il me semble, soit dit en toute déférence, que la possibilité d’obtenir une réparation ne devrait pas être ainsi écartée par l’interprétation d’une disposition législative, à moins que cette interprétation ne soit justifiée par l’objectif et l’historique du texte législatif, et non par une objection à la présomption.

[132] Il est vrai que, contrairement à un arbitre, la Commission ne peut refuser d’accorder la réintégration lorsqu’elle est possible. Il est également vrai que la réintégration n’est pas possible lorsque l’entreprise a cessé ses activités. Mais il n’est pas moins vrai que la jurisprudence québécoise en droit du travail appuie l’imposition de réparations subsidiaires ou différentes, comme le versement d’une indemnité, lorsque la réintégration n’est pas possible.

[133] Cela n’est pas étonnant. Conclure qu’aucune mesure de réparation différente n’est possible revient à prêter au législateur l’intention de remédier seulement à la conduite illégale qui peut être corrigée par une réintégration. Cette intention peu généreuse et peu réaliste est incompatible avec l’esprit des règles régissant la réparation en droit des obligations énoncées à l’art. 1590 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, qui offrent plusieurs options (Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des*

(2006), at paras. 2876-77). As Verge, Trudeau and Vallée note :

[TRANSLATION] Ordinary civil courts have never had trouble, where the circumstances so required, ordering the payment of wages or of damages to compensate for the nonperformance in kind of an employment contract, including an unlawful breach of the contract by one of the parties. [p. 212]

[134] It also contradicts the language and purpose of s. 15 of the *Labour Code*. In *Alltour*, for example, compensation was ordered to be paid for an improper dismissal when the business of the employer was transferred to another jurisdiction and reinstatement was therefore no longer a practical remedy. As Gendreau J.A. stated in *Immeubles Bona Ltée v. Labelle*, [1995] R.D.J. 397 (C.A.):

[TRANSLATION] Thus, the arbitrator must consider all these factors to decide on the remedy: reinstatement, an indemnity, or any other remedy. An indemnity, if the arbitrator opts for this alternative, must therefore be designed to compensate for the loss associated with the contractual scheme, with the employment contract the employer has unjustly terminated. Usually, the arbitrator will award an amount equivalent to a certain number of weeks or months of service. [p. 400]

(See also *Québec (Gouvernement du) (Revenu Québec) v. Fortin*, 2009 QCCRT 241, [2009] D.C.R.T.Q. n° 241 (QL), at para. 19; and Adams, at p. 10-126.2.)

[135] Michel Bergevin offers examples of circumstances where reinstatement would not be appropriate but where another remedy, such as indemnity or compensation, is nonetheless available. These include:

[TRANSLATION]

- a deterioration in the complainant's interpersonal relations with management or with other employees;
- a complete breakdown of the relationship of trust that must exist, in particular, where the complainant held a high-ranking position in the company;
- contributory fault on the complainant's part that would warrant reducing his or her dismissal to a less severe disciplinary action;

obligations (2006), par. 2876-2877). Comme l'ont souligné Verge, Trudeau et Vallée :

La juridiction civile ordinaire a toujours ordonné sans difficulté, lorsque la situation l'exigeait, le paiement du salaire ou encore de dommages-intérêts pour compenser l'inexécution en nature du contrat de travail, y compris sa rupture illégale par l'une ou l'autre des parties. [p. 212]

[134] Cette interprétation contredit également le libellé et l'objectif de l'art. 15 du *Code du travail*. Dans *Alltour*, par exemple, le tribunal a ordonné le paiement d'une indemnité pour congédiement illégal dans un cas où la réintégration ne pouvait plus être ordonnée parce que l'entreprise ne relevait plus de la compétence de la province. Comme l'a exposé le juge Gendreau dans *Immeubles Bona Ltée c. Labelle*, [1995] R.D.J. 397 (C.A.) :

L'arbitre doit donc évaluer tous ces facteurs pour décider de la réparation : réintégration, indemnité ou tout autre remède. L'indemnité, s'il opte pour cette alternative, doit donc viser à compenser la perte reliée au régime contractuel, au contrat d'emploi auquel l'employeur a injustement mis fin. Habituellement, l'arbitre accordera une somme équivalant à un certain nombre de semaines ou mois de service. [p. 400]

(Voir également *Québec (Gouvernement du) (Revenu Québec) c. Fortin*, 2009 QCCRT 241, [2009] D.C.R.T.Q. n° 241 (QL), par. 19, et Adams, p. 10-126.2.)

[135] Michel Bergevin a énuméré des exemples de situations où la réintégration ne convient pas, mais où une autre réparation, comme une indemnité ou un dédommagement, est néanmoins possible. Il a donné les exemples suivants :

- la dégradation des relations interpersonnelles du plaignant avec la direction ou avec les autres salariés;
- la disparition de la relation de confiance qui doit surtout exister lorsque le plaignant occupait un poste hiérarchiquement élevé au sein de l'entreprise;
- la faute contributoire du plaignant justifiant la réduction de son congédiement en une mesure disciplinaire moindre;

- an attitude adopted by the complainant that suggests that the situation is unlikely to improve if he or she is reinstated;
 - the complainant's being physically unable to immediately resume his or her duties;
 - the elimination of the position held by the complainant at the time of his or her dismissal; and
 - other events occurring after the dismissal that make reinstatement impossible, such as bankruptcy and layoffs.
- l'attitude démontrée par le plaignant qui ne permet pas de croire à une amélioration en cas de réintégration;
 - l'incapacité physique du plaignant de reprendre immédiatement ses fonctions;
 - l'abolition du poste détenu par le plaignant au moment de son congédiement;
 - d'autres événements postérieurs au congédiement rendant impossible la réintégration, telles la faillite et les mises à pied.

(“L’opportunité et l’efficacité de la réintégration”, in Meredith Memorial Lectures 1988, *New Developments in Employment Law* (1989), 283, at p. 290, citing *Côté v. Corp. Dicom*, [1987] T.A. 183.)

(« L’opportunité et l’efficacité de la réintégration », dans Conférences commémoratives Meredith 1988, *Le Contrat de travail : problèmes et perspectives* (1989), 283, à la p. 290, citant *Côté c. Corp. Dicom*, [1987] T.A. 183.)

[136] What is therefore required is a remedial interpretation fully consistent with the history and purposes of the provisions at issue. An inquiry into the “why” of an employee’s dismissal has always been at the core of an unfair labour practice allegation, and the presumption has always accompanied the inquiry. It should be no different in the case of a business closing. This leads to recognizing the availability for employees of both effective scrutiny *and* appropriate remedies in the case of dismissals for anti-union reasons, whether or not they result from the closing of a business.

[136] Il faut donc adopter une interprétation réparatrice en parfaite conformité avec l’historique et l’objet des dispositions en cause. L’examen de la raison du congédiement d’un salarié a toujours joué un rôle essentiel dans le traitement d’une plainte pour pratique déloyale de travail et la présomption s’est toujours appliquée dans le cadre de cet examen. La situation ne devrait pas être différente dans le cas d’une fermeture d’entreprise. Force est donc de reconnaître le droit des salariés à un véritable examen *et* à une réparation appropriée en cas de congédiement pour des motifs antisyndicaux, que le congédiement découle ou non de la fermeture d’une entreprise.

[137] The reality is that because *City Buick* had foreclosed any scrutiny of business closings for anti-union motives, there has, until now, been no need to consider what the appropriate remedy for a dismissal under such circumstances would be. This has created a jurisprudential vacuum. It seems to me to be unduly restrictive to build an approach to rights under the *Labour Code* on the foundation of a remedial vacuum. The majority’s conclusion that ss. 15 and 17 do not apply in the case of a closing because they presuppose the existence of an “ongoing business” unduly restricts the expansive protection offered by these provisions. If a business is found to be closed for anti-union reasons, the fact that reinstatement is not a feasible remedy should not — and does not — cauterize access to a more

[137] En réalité, comme *City Buick* a exclu tout examen visant à déterminer si la fermeture d’une entreprise est motivée par l’antisindicalisme, il n’a pas été nécessaire jusqu’à maintenant de déterminer quelle serait la réparation appropriée pour remédier à un congédiement en pareilles circonstances. Cette situation a créé un vide dans la jurisprudence. Il me semble indûment restrictif d’adopter à l’égard des droits conférés par le *Code du travail* une approche fondée sur un vide en ce qui concerne la réparation. La conclusion de la majorité que les art. 15 et 17 ne s’appliquent pas lorsque l’entreprise cesse ses activités parce qu’ils présupposent l’existence d’une « entreprise active » restreint indûment la vaste protection offerte par ces dispositions. S’il s’avère que la fermeture a été

feasible one. (See Verge, Trudeau and Vallée, at pp. 411-13.) Nor is there any justification for denying limiting the application of the presumption in s. 17 in these situations. The interpretive analysis should be driven by the broad objectives of the legislation, not by a narrow and literal interpretation of the remedy. The better approach, it seems to me, is to interpret the legislative scheme in a way that connects recognized rights to meaningful remedies.

[138] And that connection, I think, is precisely what the legislature reinforced when it enacted ss. 118 and 119. The 2001 reforms to the *Labour Code* which created an independent Commission with jurisdiction over applications and complaints made under the *Labour Code*, also endowed it with related investigative, hearing and remedial powers (*Act to amend the Labour Code, to establish the Commission des relations du travail and to amend other legislative provisions*, S.Q. 2001, c. 26). Prior to these reforms, employees had no access to civil remedies for anti-union conduct under ss. 12 to 14, only under ss. 15 to 19. One of the purposes, therefore, was to expand the remedial powers available under the *Labour Code*.

[139] These increased powers are found at ss. 118 and 119, which state:

118. The Commission may, in particular,

(1) summarily reject any motion, application, complaint or procedure it considers to be improper or dilatory;

(2) refuse to rule on the merits of a complaint where it considers that the complaint may be settled by an arbitration award disposing of a grievance, except in the case of a complaint referred to in section 16 of that Code or in sections 123 and 123.1 of the Act respecting labour standards (chapter N-1.1) or a complaint filed under another Act;

(3) make any order, including a provisional order, it considers appropriate to safeguard the rights of the parties;

motivée par l'antisindicalisme, le fait que la réintégration soit impossible ne devrait pas bloquer — et ne bloque pas — l'accès à une autre réparation. (Voir Verge, Trudeau et Vallée, p. 411-413.) Rien ne justifie non plus quelque restriction que ce soit à l'application de la présomption de l'art. 17 dans ces circonstances. L'analyse interprétative devrait être guidée par les vastes objectifs de la loi, et non par une interprétation étroite et littérale de la réparation. À mon avis, la meilleure façon de procéder est d'interpréter le régime législatif de façon à associer des réparations valables aux droits reconnus.

[138] Selon moi, c'est précisément cette association que le législateur a affirmée en édictant les art. 118 et 119. En 2001, les réformes du *Code du travail* qui ont créé une Commission indépendante et lui ont attribué compétence sur les demandes et les plaintes déposées en vertu du *Code du travail*, lui ont aussi conféré des pouvoirs connexes d'enquête, d'instruction et de réparation (*Loi modifiant le Code du travail, instituant la Commission des relations du travail et modifiant d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2001, ch. 26). Avant ces réformes, les salariés ne pouvaient pas exercer de recours civils contre le comportement antisindical de leur employeur en vertu des art. 12 à 14, mais seulement en vertu des art. 15 à 19. L'un des objectifs de ces réformes était donc d'élargir les pouvoirs de réparation prévus dans le *Code du travail*.

[139] Ces pouvoirs accrus sont prévus aux art. 118 et 119, que voici :

118. La Commission peut notamment :

1° rejeter sommairement toute demande, plainte ou procédure qu'elle juge abusive ou dilatoire;

2° refuser de statuer sur le mérite d'une plainte lorsqu'elle estime que celle-ci peut être réglée par une sentence arbitrale disposant d'un grief, sauf s'il s'agit d'une plainte visée à l'article 16 de ce code ou aux articles 123 et 123.1 de la Loi sur les normes du travail (chapitre N-1.1) ou d'une plainte portée en vertu d'une autre loi;

3° rendre toute ordonnance, y compris une ordonnance provisoire, qu'elle estime propre à sauvegarder les droits des parties;

(4) determine any question of law or fact necessary for the exercise of its jurisdiction;

(5) confirm, modify or quash the contested decision or order and, if appropriate, render the decision or order which, in its opinion, should have been rendered or made initially;

(6) render any decision it considers appropriate;

(7) ratify an agreement, if in conformity with the law;

(8) dissolve an association of employees if it is proved to the Commission that the association participated in a contravention of section 12.

If an association dissolved under subparagraph 8 of the first paragraph is a professional syndicate, the Commission shall send an authentic copy of its decision to the enterprise registrar, who shall give notice of the decision in the *Gazette officielle du Québec*.

119. Except with regard to an actual or apprehended strike, slowdown, concerted action, other than a strike or slowdown, or lock-out in a public service or in the public and parapublic sectors within the meaning of Chapter V.1, the Commission may also

(1) order a person, group of persons, association or group of associations to cease performing, not to perform or to perform an act in order to be in compliance with this Code;

(2) require any person to redress any act or remedy any omission made in contravention of a provision of this Code;

(3) order a person or group of persons, in light of the conduct of the parties, to apply the measures of redress it considers the most appropriate;

(4) issue an order not to authorize or participate in, or to cease authorizing or participating in, a strike or slowdown within the meaning of section 108 or a lock-out that is or would be contrary to this Code, or to take measures considered appropriate by the Commission to induce the persons represented by an association not to participate, or to cease participating, in such a strike, slowdown or lock-out;

(5) order, where applicable, that the grievance and arbitration procedure under a collective agreement be accelerated or modified.

[140] Based on its concern about the presumption in s. 17, the majority also concludes that while a

4° décider de toute question de droit ou de fait nécessaire à l'exercice de sa compétence;

5° confirmer, modifier ou infirmer la décision, l'ordre ou l'ordonnance contesté et, s'il y a lieu, rendre la décision, l'ordre ou l'ordonnance qui, à son avis, aurait dû être rendu en premier lieu;

6° rendre toute décision qu'elle juge appropriée;

7° entériner un accord, s'il est conforme à la loi;

8° prononcer la dissolution d'une association de salariés, lorsqu'il lui est prouvé que cette association a participé à une contravention à l'article 12.

Lorsque l'association dissoute en vertu du paragraphe 8° du premier alinéa est un syndicat professionnel, la Commission transmet une copie authentique de sa décision au registraire des entreprises, qui donne avis de la décision à la *Gazette officielle du Québec*.

119. Sauf au regard d'une grève, d'un ralentissement d'activités, d'une action concertée autre qu'une grève ou un ralentissement d'activités ou encore d'un lock-out, réels ou appréhendés, dans un service public ou dans les secteurs public et parapublic au sens du chapitre V.1, la Commission peut aussi :

1° ordonner à une personne, à un groupe de personnes, à une association ou à un groupe d'associations de cesser de faire, de ne pas faire ou d'accomplir un acte pour se conformer au présent code;

2° exiger de toute personne de réparer un acte ou une omission fait en contravention d'une disposition du présent code;

3° ordonner à une personne ou à un groupe de personnes, compte tenu du comportement des parties, l'application du mode de réparation qu'elle juge le plus approprié;

4° ordonner de ne pas autoriser ou participer ou de cesser d'autoriser ou de participer à une grève, à un ralentissement d'activités au sens de l'article 108 ou à un lock-out qui contrevient ou contreviendrait au présent code ou de prendre des mesures qu'elle juge appropriées pour amener les personnes que représente une association à ne pas y participer ou à cesser d'y participer;

5° ordonner, le cas échéant, que soit accélérée ou modifiée la procédure de grief et d'arbitrage prévue à la convention collective.

[140] La préoccupation des juges majoritaires à l'égard de la présomption établie à l'art. 17 les amène

violation of ss. 12 to 14 allows the Commission to order a remedy under ss. 118 and 119, those remedial powers are unavailable to the Commission under ss. 15 to 19 in the case of a dismissal arising from a workplace closing. There is no language in either ss. 118 or 119 which restricts their application in this way, and, in particular, there is no language referring to a distinction between a closed and ongoing workplace. Denying dismissed employees access to the wide remedial protection offered by the 2001 reforms under s. 15 in the case of business closings, is as anomalous as *City Buick* was in denying them access to having the reasons for the closing scrutinized.

[141] Sections 118 and 119 are found in Chapter VI of the *Labour Code*, which sets out the duties and powers of the Commission in general, without limit to their scope and application. The remedial references, in fact, allow the Commission to require conduct in “compliance with this Code” (in s. 119(1)), or to redress conduct “in contravention of a provision of this Code” (in s. 119(2)). It is not clear to me what there is in either the language or purposes of ss. 118 and 119 that permits us to conclude that every provision in the *Labour Code* is covered by the reforms *except* s. 15. To read the general wording of these enhanced remedial powers as somehow being selectively inapplicable to s. 15, is to impute a restrictive legislative intention not apparent to an ordinary reader.

[142] The majority relies on a Hansard reference dealing with the 2001 reforms to support the argument that ss. 15 to 19 do not provide a remedy for the closing of a business. But, with respect, this evidence does not support the majority’s distinction between the availability of remedies for employees under ss. 12 to 14 and under ss. 15 to 19. The Minister of Labour said that the Commission lacks the power to prevent a business from closing. This is in no way responsive to the issue of whether the general remedies in s. 119 are available under s. 15. Nor is it responsive to whether the legislature put its mind to the immunity from scrutiny in *City*

à conclure aussi que, bien qu’une contravention aux art. 12 à 14 permette à la Commission d’exercer les pouvoirs de réparation que lui confèrent les art. 118 et 119, elle ne peut les exercer sous le régime des art. 15 à 19 lorsqu’un congédiement découle de la fermeture de l’entreprise. Rien dans le libellé des art. 118 et 119 n’en restreint ainsi l’application et on n’y trouve, plus particulièrement, aucune mention d’une distinction entre les entreprises en activité et celles qui ont fermé leurs portes. Priver les salariés congédiés de la vaste gamme de recours prévus par les dispositions découlant de la réforme de 2001 dans le cadre de l’application de l’art. 15 lors de la fermeture d’une entreprise est aussi anormal que de les empêcher de faire examiner les raisons de cette fermeture, comme l’a fait *City Buick*.

[141] Les articles 118 et 119 font partie du chapitre VI du *Code du travail*, qui établit les obligations et les pouvoirs généraux de la Commission, sans en limiter la portée ni l’application. En fait, la mention de réparations autorise la Commission à ordonner à une personne de « se conformer au présent code » (par. 119(1)) ou de réparer un acte fait « en contravention d’une disposition du présent code » (par. 119(2)). Je ne vois pas bien ce qui, dans le libellé ou les objectifs des art. 118 et 119, nous permettrait de conclure que toutes les dispositions du *Code du travail* sont visées par la réforme, *sauf* l’art. 15. En interprétant l’énoncé général de ces pouvoirs de réparation accrus comme s’ils étaient sélectivement inapplicables à l’art. 15, on prêterait au législateur une intention restrictive qu’une personne ordinaire ne saurait déceler à la lecture du texte législatif.

[142] Les juges majoritaires invoquent un extrait des débats parlementaires sur la réforme de 2001 à l’appui de leur argument selon lequel les art. 15 à 19 ne prévoient pas de recours contre la fermeture d’une entreprise. Or j’estime, en toute déférence, que cette preuve n’étaye pas la distinction établie par les juges majoritaires entre les recours que peuvent exercer les salariés en vertu, d’une part, des art. 12 à 14 et, d’autre part, des art. 15 à 19. Le ministre du Travail a affirmé que la Commission n’a pas le pouvoir d’empêcher une entreprise de fermer ses portes. Cette affirmation ne répond aucunement à la question de savoir si les mesures

Buick. The Minister's statement focussed solely on the unavailability of a particular remedy under s. 119(3): forcing a business to reopen. That question is not before us. What we are being asked to consider is not whether a business can be forced to reopen (no one submits that it can), but whether employees can scrutinize an employer's motives under ss. 15 and 17 when that business is closed.

[143] What is notable from Hansard, however, is that the Minister of Labour made it clear that s. 119 is not limited in its application. On the contrary, he explicitly stated that s. 119 [TRANSLATION] "covers everything that the Labour Code does, any act or omission provided for in the Labour Code". And further [TRANSLATION] "That is to say, the purpose of this section is to enable the Commission to take action to stop any activity contrary to this Code" (*Journal des débats de la Commission permanente de l'économie et du travail*, vol. 37, No. 32, 2nd Sess., 36th Leg., June 18, 2001, at pp. 17 and 21). This confirms the legislative intention that s. 119 encompasses a broad range of available remedies, including under s. 15.

[144] As the Minister also explained, and as the opening language of s. 119 indicates, the only restriction on the use of that provision's remedial reach is in the case of "an actual or apprehended strike, slowdown, concerted action, other than a strike or slowdown, or lock-out" in the public sector:

[TRANSLATION] Because, if you read the section as it is worded, the first paragraph refers to powers that are within the jurisdiction of the Conseil des services essentiels, and these are excluded from the powers the Commission can exercise. This paragraph says, "Except with regard to an actual or apprehended strike", and so on, or "concerted actions other than a strike or slowdown, or lock-out".

de réparation générales prévues à l'art. 119 peuvent être accordées dans les cas visés à l'art. 15, ni à celle de savoir si le législateur s'est penché sur l'immunité contre tout examen accordée à l'employeur par la décision *City Buick*. L'affirmation du ministre vise exclusivement le fait que le par. 119(3) ne permet pas d'accorder une mesure de réparation particulière : la réouverture forcée d'une entreprise. Nous ne sommes pas saisis de cette question. On nous demande de décider, non pas si une entreprise peut être forcée à reprendre ses activités (personne ne prétend qu'elle le peut), mais si les salariés peuvent recourir aux art. 15 et 17 pour faire examiner les motifs de l'employeur lorsque l'entreprise est fermée.

[143] Ce qu'il faut toutefois retenir des débats parlementaires, c'est que le ministre du Travail a clairement indiqué que l'application de l'art. 119 n'est assujettie à aucune limite. Au contraire, il a expressément affirmé que l'art. 119 « couvre tout le domaine du Code du travail, tout acte ou omission qui est prévu au Code du travail. [. . .] C'est-à-dire que le but de cet article est de permettre à la Commission d'intervenir pour cesser toute activité qui contreviendrait au présent Code » (*Journal des débats de la Commission permanente de l'économie et du travail*, vol. 37, n° 32, 2^e sess., 36^e lég., 18 juin 2001, p. 17 et 21). Cela confirme l'intention du législateur d'inclure dans l'art. 119 un large éventail de réparations, y compris sous le régime de l'art. 15.

[144] Comme le ministre l'a aussi expliqué, et comme la disposition liminaire de l'art. 119 l'indique, les mesures de réparation prévues par cette disposition ne sont exclues que dans le contexte « d'une grève, d'un ralentissement d'activités, d'une action concertée autre qu'une grève ou un ralentissement d'activités ou encore d'un lock-out, réels ou appréhendés » dans le secteur public :

Parce que, si on lit bien l'article tel qu'il est là, le premier paragraphe fait référence à des pouvoirs qui sont ceux du Conseil des services essentiels et que l'on exclut pour la Commission. On dit : « Sauf au regard de la grève », et le reste, « ou d'actions concertées autres qu'une grève ou d'un ralentissement d'activités ou encore d'un lock-out réels ou appréhendés ».

So, except in those cases, which are matters for the Conseil des services essentiels, the Commission's powers are spelled out, and it is said, for example, regarding a lock-out, in (4), that "the Commission may issue an order not to authorize" and so on, and the words "actual or apprehended" are not repeated in relation to businesses. [*Ibid.*, at p. 20]

[145] Section 119 therefore applies throughout the *Labour Code* unless it is specifically excluded, and its only self-imposed restriction is found in its introductory paragraph. Section 15 is, notably, *not* excluded. This too confirms that the remedies in s. 119 are available under s. 15.

[146] In addition to other alternatives, one of the remedies Plourde seeks is compensation. I see no reason why the Commission cannot order such a remedy under ss. 15 and 119 of the *Labour Code* if it is satisfied that the closing was motivated by anti-union animus.

[147] I would therefore allow the appeal with costs throughout and refer Plourde's complaint to the Commission to be heard on the merits.

Appeal dismissed, LEBEL, ABELLA and CROMWELL JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Philion Leblanc Beaudry, Montréal.

Solicitors for the respondent: Heenan Blaikie, Montréal.

Solicitor for the intervener Commission des relations du travail: Commission des relations du travail, Québec.

Solicitors for the intervener the Alliance of Manufacturers & Exporters Canada: Baker & McKenzie, Toronto.

Solicitor for the intervener Fédération des travailleurs du Québec (FTQ): Robert Laurin, Sainte-Julie.

Alors, sauf dans ces cas-là qui [sont] le territoire du Conseil des services essentiels, là, on décortique les pouvoirs de la Commission, et on dit, par exemple, pour parler d'un lock-out, au 4°, que « la Commission peut ordonner de ne pas autoriser le reste », et là, on ne revient pas avec cette notion de « réels ou d'apprehendés » pour le cas des entreprises. [*Ibid.*, p. 20]

[145] Par conséquent, l'art. 119 s'applique à toutes les situations régies par le *Code du travail*, sauf exclusion expresse, et la seule restriction qu'il comporte est énoncée dans son paragraphe introductif. Notons l'*absence* d'exclusion visant l'art. 15. Ce qui confirme, encore une fois, que les réparations prévues par l'art. 119 peuvent être accordées sous le régime de l'art. 15.

[146] Outre d'autres mesures de redressement subsidiaires, l'une des réparations demandées par M. Plourde est le versement d'une indemnité. Rien n'empêche à mon avis la Commission d'accorder cette forme de réparation en vertu des art. 15 et 119 du *Code du travail*, si elle est convaincue que la fermeture était motivée par l'antisyndicalisme.

[147] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours et de renvoyer la plainte de M. Plourde à la Commission pour qu'elle l'instruise au fond.

Pourvoi rejeté, les juges LEBEL, ABELLA et CROMWELL sont dissidents.

Procureurs de l'appellant: Philion Leblanc Beaudry, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Heenan Blaikie, Montréal.

Procureur de l'intervenante la Commission des relations du travail: Commission des relations du travail, Québec.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance des manufacturiers et exportateurs du Canada: Baker & McKenzie, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Fédération des travailleurs du Québec (FTQ): Robert Laurin, Sainte-Julie.

Solicitor for the intervener the Coalition of BC Businesses: University of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Chamber of Commerce: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Solicitors for the intervener Conseil du patronat du Québec: Ogilvy Renault, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intervenante Coalition of BC Businesses: University of British Columbia, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Chambre de commerce du Canada: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil du patronat du Québec: Ogilvy Renault, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Johanne Desbiens, Ingrid Ratté and Claudine Beaumont *Appellants*

v.

Wal-Mart Canada Corporation *Respondent*

and

Commission des relations du travail, Alliance of Manufacturers & Exporters Canada, also known as Canadian Manufacturers & Exporters, Fédération des travailleurs du Québec (FTQ), Coalition of BC Businesses, Canadian Chamber of Commerce, Canadian Civil Liberties Association, Conseil du patronat du Québec and Canadian Labour Congress *Intervenors*

INDEXED AS: DESBIENS v. WAL-MART CANADA CORP.

Neutral citation: 2009 SCC 55.

File No.: 32527.

2009: January 21; 2009: November 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour relations — Dismissal — Business closure — Evidence — Union certified to represent employees — Negotiations to conclude first collective agreement with employer unsuccessful — Employer announcing closure of business — Complaint by employees that loss of employment was due to union activities — Employer claiming “good and sufficient reason” within meaning of s. 17 of Quebec Labour Code to justify dismissals — Whether employer discharged its onus of proving real and definitive business closure — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 15 to 17.

Johanne Desbiens, Ingrid Ratté et Claudine Beaumont *Appelantes*

c.

Compagnie Wal-Mart du Canada *Intimée*

et

Commission des relations du travail, Alliance des manufacturiers et exportateurs du Canada, aussi connue sous le nom de Manufacturiers et exportateurs du Canada, Fédération des travailleurs du Québec (FTQ), Coalition of BC Businesses, Chambre de commerce du Canada, Association canadienne des libertés civiles, Conseil du patronat du Québec et Congrès du travail du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : DESBIENS c. COMPAGNIE WAL-MART DU CANADA

Référence neutre : 2009 CSC 55.

N^o du greffe : 32527.

2009 : 21 janvier; 2009 : 27 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Relations du travail — Congédiement — Fermeture d'entreprise — Preuve — Syndicat accrédité pour représenter les salariés — Échec des négociations en vue de conclure la première convention collective avec l'employeur — Fermeture de l'entreprise annoncée par l'employeur — Plainte de salariées portant qu'elles ont perdu leur emploi en raison de leurs activités syndicales — Employeur faisant valoir une « autre cause juste et suffisante » de congédiement au sens de l'art. 17 du Code du travail du Québec — L'employeur s'est-il acquitté de la charge qui lui incombait de prouver que la fermeture de l'entreprise était réelle et définitive? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 15 à 17.

The workers of the Wal-Mart store at Jonquière chose to bargain collectively through their union, which had been certified by the Commission des relations du travail ("CRT") in August 2004. After unsuccessful negotiations, the Minister of Labour appointed an arbitrator to resolve the outstanding differences. On the same day, Wal-Mart announced closure of the store. Three employees filed a complaint under s. 16 of the Quebec *Labour Code* claiming that they lost their employment because of the unionization of the store. They sought an order under s. 15 of the Code that they be reinstated in their jobs. The CRT was not satisfied that the store closure was definitive and allowed the employees' complaint, holding that Wal-Mart had failed to discharge its onus under s. 17 of the Code that the dismissals were for good and sufficient reason. It reserved its jurisdiction to determine the appropriate remedies. The Superior Court dismissed Wal-Mart's application for judicial review, but the Court of Appeal overturned that decision.

Held (LeBel, Abella and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ.: The Court of Appeal erred in quashing the CRT decision. On the evidence, the finding that Wal-Mart had failed to rebut the s. 17 presumption was a determination well within the range of reasonable outcomes open to the CRT. However, in the companion case *Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465, which dealt with the same factual issue, the CRT heard additional evidence which persuaded it that Wal-Mart had in fact terminated the lease of the building at the Jonquière location and concluded that Wal-Mart had successfully rebutted the s. 17 presumption by proof of a real and definitive business closure. None of the parties now contends that Wal-Mart retains its option to reopen the Jonquière store. As a practical matter it would be a waste of the parties' time and money to remit this case to the CRT to be dealt with on the basis of the *Plourde* decision. The outcome would not be in doubt. The Jonquière store is closed and there is no possibility of reinstatement of the employees. The substratum of their s. 15 claim no longer exist. [6-7] [9-10]

Per LeBel, Abella and Cromwell JJ. (dissenting): The employees' complaints should be returned to the

Les salariés du magasin Wal-Mart de Jonquière ont choisi d'engager des négociations collectives par l'entremise de leur syndicat, accrédité par la Commission des relations du travail (« CRT ») en août 2004. Après l'échec des négociations, le ministre du Travail a nommé un arbitre en vue de résoudre les points encore en litige. Le même jour, Wal-Mart a annoncé la fermeture du magasin. Trois salariées ont déposé une plainte fondée sur l'art. 16 du *Code du travail* du Québec, soutenant avoir perdu leur emploi en raison de la syndicalisation du magasin. Elles demandaient à être réintégrées dans leur emploi en application de l'art. 15 du Code. La CRT n'était pas convaincue du caractère définitif de la fermeture et a accueilli la plainte des salariées. Elle a conclu que Wal-Mart ne s'était pas acquittée de la charge qui lui incombait en vertu de l'art. 17 du Code de prouver que les congédiements résultaient d'une cause juste et suffisante. Elle est demeurée saisie de la question de savoir quelles réparations seraient appropriées. La Cour supérieure a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par Wal-Mart, mais la Cour d'appel a infirmé cette décision.

Arrêt (les juges LeBel, Abella et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein : La Cour d'appel a commis une erreur en annulant la décision de la CRT. Compte tenu de la preuve, la conclusion que Wal-Mart n'était pas parvenue à réfuter la présomption établie par l'art. 17 se situait tout à fait dans l'éventail des décisions raisonnables auxquelles pouvait arriver la CRT. Toutefois, dans le dossier connexe *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465, qui porte sur la même question de fait, la CRT a entendu un témoignage additionnel qui l'a convaincue que Wal-Mart avait en fait résilié le bail de l'immeuble qui hébergeait le magasin de Jonquière et a conclu que Wal-Mart avait réussi à réfuter la présomption de l'art. 17 en faisant la preuve du caractère réel et définitif de la fermeture. Aucune des parties ne prétend maintenant que Wal-Mart s'est réservé la faculté de rouvrir le magasin de Jonquière. D'un point de vue pratique, ce serait faire perdre temps et argent aux parties que de renvoyer l'affaire à la CRT en lui ordonnant de la trancher en fonction de la décision dans *Plourde*. La décision qui en résulterait ne fait aucun doute. Le magasin de Jonquière est fermé et il n'existe aucune possibilité de réintégration des salariées dans leur emploi. Elles n'ont plus d'éléments sur lesquels fonder leur demande sous le régime de l'art. 15. [6-7] [9-10]

Les juges LeBel, Abella et Cromwell (dissidents) : Les plaintes des salariées devraient être renvoyées à

CRT to be heard on the merits. As stated in *Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465, a dismissal can be scrutinized for anti-union animus under ss. 15 to 19 of the *Labour Code*. The dismissals in this case ought therefore to be re-evaluated to determine whether there was an anti-union motivation. [13-14]

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465; **referred to:** *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. v. Roy*, [1981] T.T. 22; *Caya v. 1641-9749 Québec Inc.*, D.T.E. 85T-242, SOQUIJ AZ-85147051; *Bérubé v. Groupe Samson Inc.*, D.T.E. 85T-932, SOQUIJ AZ-85147126; *Ouellette v. Restaurants Scott Québec Ltée*, D.T.E. 88T-546, SOQUIJ AZ-88147062; *Entreprises Bérou inc. v. Arsenault*, [1991] T.T. 312; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369.

By Abella J. (dissenting)

Plourde v. Wal-Mart Canada Corp., 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465; *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. v. Roy*, [1981] T.T. 22.

Statutes and Regulations Cited

Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 15, 16, 17.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Gendreau, Hilton and Côté J.J.A.), 2008 QCCA 236, [2008] J.Q. n° 673 (QL), 2008 CarswellQue 654, setting aside a decision of Courville J., 2006 QCCS 3784, [2006] J.Q. n° 6894 (QL), 2006 CarswellQue 5933, dismissing an application for judicial review of a decision of the Commission des relations du travail, 2005 QCCRT 502, [2005] D.C.R.T.Q. n° 502 (QL). Appeal dismissed, LeBel, Abella and Cromwell J.J. dissenting.

Bernard Pillion, Claude Leblanc and Gilles Grenier, for the appellants.

Roy L. Heenan, Corrado De Stefano and Frédéric Massé, for the respondent.

la CRT pour qu'elle les entende au fond. Suivant l'opinion exprimée dans *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465, il est possible d'examiner un congédiement, sous le régime des art. 15 à 19 du *Code du travail*, pour déterminer s'il était motivé par l'antisindicalisme. Les congédiements en l'espèce devraient donc être réexaminés pour qu'il soit déterminé s'ils étaient motivés par des raisons anti-syndicales. [13-14]

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué : *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465; **arrêts mentionnés :** *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy*, [1981] T.T. 22; *Caya c. 1641-9749 Québec Inc.*, D.T.E. 85T-242, SOQUIJ AZ-85147051; *Bérubé c. Groupe Samson Inc.*, D.T.E. 85T-932, SOQUIJ AZ-85147126; *Ouellette c. Restaurants Scott Québec Ltée*, D.T.E. 88T-546, SOQUIJ AZ-88147062; *Entreprises Bérou inc. c. Arsenault*, [1991] T.T. 312; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada, 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465; *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy*, [1981] T.T. 22.

Lois et règlements cités

Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 15, 16, 17.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Gendreau, Hilton et Côté), 2008 QCCA 236, [2008] J.Q. n° 673 (QL), 2008 CarswellQue 654, qui a infirmé une décision de la juge Courville, 2006 QCCS 3784, [2006] J.Q. n° 6894 (QL), 2006 CarswellQue 5933, rejetant une requête en révision judiciaire d'une décision de la Commission des relations du travail, 2005 QCCRT 502, [2005] D.C.R.T.Q. n° 502 (QL). Pourvoi rejeté, les juges LeBel, Abella et Cromwell sont dissidents.

Bernard Pillion, Claude Leblanc et Gilles Grenier, pour les appelantes.

Roy L. Heenan, Corrado De Stefano et Frédéric Massé, pour l'intimée.

Hélène Fréchette, Vanessa Deschênes and Lucie Tessier, for the intervener Commission des relations du travail.

George Avraam, Mark Mendl, Jeremy Hann and Kevin B. Coon, for the intervener the Alliance of Manufacturers & Exporters Canada.

Robert Laurin, for the intervener Fédération des travailleurs du Québec (FTQ).

Robin Elliot, for the intervener the Coalition of BC Businesses.

Guy Du Pont, for the intervener the Canadian Chamber of Commerce.

Andrew K. Lokan and Jean-Claude Killey, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Manon Savard and Sébastien Beaugard, for the intervener Conseil du patronat du Québec.

Steven Barrett and Lise Leduc, for the intervener the Canadian Labour Congress.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

[1] BINNIE J. — This is a companion appeal to *Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465. The reasons in that case are released concurrently. Both cases arise out of the closing of the Wal-Mart store at Jonquière, Quebec, on April 29, 2005. The workers at this store had chosen to bargain collectively through their union, which had been certified by the Commission des relations du travail (“CRT”) on August 2, 2004. Thereafter negotiations to conclude a collective agreement were unsuccessful. On February 9, 2005, the Minister of Labour appointed an arbitrator to resolve the outstanding differences. On the same day, Wal-Mart announced closure of the store. On May 17, 2005, the appellants each filed a complaint under s. 16 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, claiming [TRANSLATION] “I lost my employment because of the unionization of my establishment.”

Hélène Fréchette, Vanessa Deschênes et Lucie Tessier, pour l’intervenante la Commission des relations du travail.

George Avraam, Mark Mendl, Jeremy Hann et Kevin B. Coon, pour l’intervenante l’Alliance des manufacturiers et exportateurs du Canada.

Robert Laurin, pour l’intervenante la Fédération des travailleurs du Québec (FTQ).

Robin Elliot, pour l’intervenante Coalition of BC Businesses.

Guy Du Pont, pour l’intervenante la Chambre de commerce du Canada.

Andrew K. Lokan et Jean-Claude Killey, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Manon Savard et Sébastien Beaugard, pour l’intervenant le Conseil du patronat du Québec.

Steven Barrett et Lise Leduc, pour l’intervenant le Congrès du travail du Canada.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Il s’agit en l’espèce d’un pourvoi connexe à celui interjeté dans *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465, dont les motifs sont publiés en même temps que ceux-ci. Les deux litiges découlent de la fermeture du magasin Wal-Mart de Jonquière (Québec) le 29 avril 2005. Les salariés de ce magasin avaient choisi d’engager des négociations collectives par l’entremise de leur syndicat, qui avait été accrédité par la Commission des relations du travail (« CRT ») le 2 août 2004. Or, les négociations collectives en vue de conclure une convention collective ont échoué. Le 9 février 2005, le ministre du Travail a nommé un arbitre en vue de résoudre les points encore en litige. Le même jour, Wal-Mart a annoncé la fermeture du magasin. Le 17 mai 2005, chacune des appelantes a déposé une plainte, fondée sur l’art. 16 du *Code du travail*,

The appellants sought an order under s. 15 that they be reinstated in their jobs. This could only occur if the store was ordered to be reopened. Section 15 provides that:

15. Where an employer or a person acting for an employer or an employers' association dismisses, suspends or transfers an employee, practises discrimination or takes reprisals against him or imposes any other sanction upon him because the employee exercises a right arising from this Code, the Commission may

(a) order the employer or a person acting for an employer or an employers' association to reinstate such employee in his employment, within eight days of the service of the decision, with all his rights and privileges, and to pay him as an indemnity the equivalent of the salary and other benefits of which he was deprived due to dismissal, suspension or transfer.

(b) order the employer or the person acting for an employer or an employers' association to cancel the sanction or to cease practising discrimination or taking reprisals against the employee and to pay him as an indemnity the equivalent of the salary and other benefits of which he was deprived due to the sanction, discrimination or reprisals.

[2] Each appellant pleaded the benefit of the presumption in s. 17 that

the sanction was imposed on him or the action was taken against him because he exercised [collective bargaining rights under the Code], and the burden of proof is upon the employer that he resorted to the sanction or action against the employee for good and sufficient reason.

Wal-Mart denied that the closure was a "sanction" or an "action against the employee" and argued that nothing in Quebec law obliged it to keep the Jonquière store open.

L.R.Q., ch. C-27, dans laquelle elle alléguait : « J'ai subi une perte d'emploi en raison de la syndicalisation de mon établissement. » Les appelantes ont demandé à la CRT d'ordonner qu'elles soient réintégrées dans leur emploi en vertu de l'art. 15, ce qui n'était possible que si elle ordonnait aussi la réouverture du magasin. Voici les extraits pertinents de l'art. 15 :

15. Lorsqu'un employeur ou une personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs congédie, suspend ou déplace un salarié, exerce à son endroit des mesures discriminatoires ou de représailles, ou lui impose toute autre sanction à cause de l'exercice par ce salarié d'un droit qui lui résulte du présent code, la Commission peut :

a) ordonner à l'employeur ou à une personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs de réintégrer ce salarié dans son emploi, avec tous ses droits et privilèges, dans les huit jours de la signification de la décision et de lui verser, à titre d'indemnité, l'équivalent du salaire et des autres avantages dont l'a privé le congédiement, la suspension ou le déplacement.

b) ordonner à l'employeur ou à une personne agissant pour un employeur ou une association d'employeurs d'annuler une sanction ou de cesser d'exercer des mesures discriminatoires ou de représailles à l'endroit de ce salarié et de lui verser à titre d'indemnité l'équivalent du salaire et des autres avantages dont l'ont privé la sanction, les mesures discriminatoires ou de représailles.

[2] Chacune des appelantes a invoqué la présomption établie à l'art. 17, selon laquelle

la sanction lui a été imposée ou [. . .] la mesure a été prise contre lui à cause de l'exercice [de droits à la négociation collective résultant du Code] et il incombe à l'employeur de prouver qu'il a pris cette sanction ou mesure à l'égard du salarié pour une autre cause juste et suffisante.

Wal-Mart a nié que la fermeture de l'établissement constituait une « sanction » ou une « mesure à l'égard du salarié » et soutenu qu'aucune règle du droit québécois ne l'obligeait à garder le magasin de Jonquière ouvert.

[3] The CRT applied a long line of Quebec jurisprudence to the effect that the employer could rebut the s. 17 presumption by showing that the workplace closure was real and definitive. The closure, it held, would constitute “good and sufficient reason” for the loss of jobs, but [TRANSLATION] “[a]ny indication that it is keeping a door open to resume the same business would preclude a finding of its complete and definitive discontinuance”: *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. v. Roy*, [1981] T.T. 22, at p. 26 (emphasis deleted). In that case, the employer had sold the building and no longer had any interest in it, even indirectly (p. 27).

[4] In this case, unlike *Plourde*, the CRT was not satisfied that Wal-Mart had definitely closed the Jonquière store: 2005 QCCRT 502, [2005] D.C.R.T.Q. n° 502 (QL). There was evidence before it that Wal-Mart possessed a 20-year lease of the building with multiple options to renew, and it was not clear that Wal-Mart had divested itself of any interest in that lease.

[5] Wal-Mart apparently having left the [TRANSLATION] “door open” to a return to business, the CRT was simply not satisfied that the closure was real and definitive. Accordingly, it was held that Wal-Mart had failed to discharge its onus. The appellants were therefore entitled to benefit from the statutory presumption that Wal-Mart’s decision to dismiss the appellants and other employees was a “sanction” or “action” taken because its employees at Jonquière “exercise[d] a right arising from th[e] Code”, i.e. union-related activity. In the absence of other “good and sufficient reason” for the dismissal, the consequence of an employer’s inability to establish that a purported closure is real and definitive is that an unfair labour practice in breach of s. 15 of the Code is established: *Caya v. 1641-9749 Québec Inc.*, D.T.E. 85T-242, SOQUIJ AZ-85147051 (Lab. Ct.); *Bérubé v. Groupe Samson Inc.*, D.T.E. 85T-932, SOQUIJ AZ-85147126 (Lab. Ct.); *Ouellette v. Restaurants Scott Québec Ltée*, D.T.E. 88T-546,

[3] La CRT a appliqué un courant jurisprudentiel québécois établi de longue date suivant lequel l’employeur pouvait réfuter la présomption créée par l’art. 17 en démontrant que la fermeture de l’établissement était réelle et définitive. Elle est arrivée à la conclusion que la fermeture par l’employeur constituerait une « cause juste et suffisante » pour la perte des emplois, mais que « [t]oute indication qu’il se garde une porte ouverte pour reprendre la même entreprise, empêcherait de conclure à une cessation complète et définitive de celle-ci » : *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy*, [1981] T.T. 22, p. 26 (italiques omis). Dans cette affaire, l’employeur avait vendu l’immeuble et n’avait plus aucun intérêt, même indirect, dans celui-ci (p. 27).

[4] En l’espèce, la CRT n’était pas convaincue, comme elle l’était dans *Plourde*, que Wal-Mart avait fermé le magasin de Jonquière de façon définitive : 2005 QCCRT 502, [2005] D.C.R.T.Q. n° 502 (QL). Elle était saisie d’éléments de preuve selon lesquels Wal-Mart était détentrice d’un bail de 20 ans visant l’immeuble, assorti de nombreuses options de renouvellement, et rien n’indiquait clairement que Wal-Mart avait renoncé à quelque intérêt que ce soit découlant du bail.

[5] Du fait que Wal-Mart semblait avoir laissé la « porte ouverte » à une reprise des activités, la CRT n’était tout simplement pas convaincue du caractère réel et définitif de la fermeture. Pour cette raison, elle a conclu que Wal-Mart ne s’était pas acquittée de la charge qui lui incombait. Les appelantes avaient par conséquent le droit de bénéficier de la présomption légale selon laquelle la décision de Wal-Mart de les congédier, elles et d’autres salariés, constituait une « sanction » imposée ou une « mesure » prise parce que les employés de Jonquière avaient « exerc[é] un droit qui [leur] résulte du [. . .] code », à savoir le droit d’exercer des activités syndicales. En l’absence d’une autre « cause juste et suffisante » de congédiement, l’incapacité de l’employeur d’établir le caractère réel et définitif d’une prétendue fermeture a pour conséquence d’établir l’existence d’une pratique déloyale de travail interdite par l’art. 15 du Code : *Caya c. 1641-9749 Québec Inc.*, D.T.E. 85T-242, SOQUIJ

SOQUIJ AZ-88147062 (Lab. Ct.); *Entreprises Bérou inc. v. Arsenault*, [1991] T.T. 312.

[6] The finding that Wal-Mart had failed to rebut the s. 17 presumption was a determination well within the range of reasonable outcomes open to the CRT on the evidence: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 54, *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 42, and *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369, at paras. 33-35. Accordingly, in my view, the Quebec Court of Appeal erred in its reasons for quashing the CRT decision: 2008 QCCA 236, [2008] J.Q. n° 673 (QL).

[7] The difficulty we confront, however, is that by reason of this appeal being heard with *Plourde* we are aware, and nobody now disputes it, that the Jonquière store is in fact permanently closed. In *Plourde* the CRT heard additional evidence that William Allbright, Director of real estate for Wal-Mart Canada, went to Jonquière shortly before the store closing to evaluate the real estate market and to find suitable alternate tenants for the building. He visited the store, drove around the region to identify potential subtenants, made calls to agents and other contacts in the field, and spoke to different merchants. After concluding that there were no suitable potential subtenants, Wal-Mart terminated the lease. In *Plourde* the CRT therefore held that Wal-Mart had successfully rebutted the s. 17 presumption by proof of a real and definitive closure.

[8] Faced with different evidentiary records in *Desbiens* and *Plourde* it was open to the CRT to come to different factual conclusions. Indeed, not being satisfied of the full and final closure of the

AZ-85147051 (T.T.); *Bérubé c. Groupe Samson Inc.*, D.T.E. 85T-932, SOQUIJ AZ-85147126 (T.T.); *Ouellette c. Restaurants Scott Québec Ltée*, D.T.E. 88T-546, SOQUIJ AZ-88147062 (T.T.); *Entreprises Bérou inc. c. Arsenault*, [1991] T.T. 312.

[6] La conclusion que Wal-Mart n'était pas parvenue à réfuter la présomption établie par l'art. 17 se situait tout à fait dans l'éventail des décisions raisonnables auxquelles pouvait arriver la CRT à partir de la preuve : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 54, *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 42, et *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, par. 33-35. J'estime donc que les motifs pour lesquels la Cour d'appel du Québec a annulé la décision de la CRT sont erronés : 2008 QCCA 236, [2008] J.Q. n° 673 (QL).

[7] Nous nous heurtons cependant à une difficulté. Comme le présent pourvoi a été entendu en même temps que celui dans le dossier *Plourde*, nous savons en fait que le magasin de Jonquière est fermé définitivement — ce que nul ne conteste maintenant. Dans *Plourde*, la CRT a entendu le témoignage additionnel de William Allbright, directeur des immeubles chez Wal-Mart Canada, qui a déclaré s'être rendu à Jonquière peu avant la fermeture du magasin pour évaluer le marché immobilier et pour trouver d'autres locataires éventuels. Il a visité le magasin, parcouru la région en voiture pour tenter de dénicher des sous-locataires potentiels, téléphoné à des agents immobiliers et à d'autres personnes travaillant dans le domaine, et parlé à différents commerçants au détail. Après avoir conclu qu'il n'existait pas de sous-locataires potentiels acceptables, Wal-Mart a résilié le bail. Dans *Plourde*, la CRT a par conséquent conclu que Wal-Mart avait réussi à réfuter la présomption établie par l'art. 17 en faisant la preuve du caractère réel et définitif de la fermeture.

[8] Comme la CRT était saisie d'éléments de preuve différents dans *Desbiens* et dans *Plourde*, il lui était loisible d'arriver à des conclusions de fait différentes. En effet, puisqu'elle n'était pas

Jonquière store, the CRT in this case was right to conclude that the s. 17 presumption operated in favour of the appellant employees against the employer.

[9] However, our Court is confronted at this stage with inconsistent CRT decisions in relation to the same alleged date of closure of the same store on the critical factual issue of whether or not Wal-Mart left the door open to resuming its business in Jonquière. The inconsistent factual findings cannot stand together. None of the parties in this appeal now contends that Wal-Mart retains its option to reopen the store. The basis of a successful s. 15 claim has therefore disappeared.

[10] As a practical matter it would be a waste of the parties' time and money to remit the *Desbiens* matter to the CRT to be dealt with on the basis of our decision today in *Plourde*. The outcome would not be in doubt. The Jonquière store is closed. There is no possibility of reinstatement of the appellants. The substratum of the appellants' s. 15 claim no longer exists. I would dismiss the appeal but in the circumstances without costs.

The reasons of LeBel, Abella and Cromwell JJ. were delivered by

[11] ABELLA J. (dissenting) — On May 17, 2005, complaints were filed by employees for remedies under s. 15 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, alleging that the employer, Wal-Mart, had dismissed them as a result of their union activity. As in *Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465, released concurrently, none of the complaints sought to annul the closing of the store.

[12] In assessing their claim, the Commission des relations du travail found that Wal-Mart had failed to

convaincue en l'espèce de la fermeture complète et définitive du magasin de Jonquière, la CRT a conclu à raison que les salariées appelantes bénéficiaient de la présomption contre l'employeur créée par l'art. 17.

[9] Toutefois, notre Cour se trouve maintenant devant des décisions contradictoires de la CRT ayant trait à la même date alléguée de fermeture du même magasin, sur une question de fait cruciale — celle de savoir si Wal-Mart s'était ou non gardé une porte ouverte pour reprendre son entreprise à Jonquière. Les conclusions de fait contradictoires ne peuvent être toutes deux validées. Aucune des parties dans le pourvoi ne prétend maintenant que Wal-Mart s'est réservé la faculté de rouvrir le magasin. La condition requise pour qu'une demande fondée sur l'art. 15 soit accueillie n'existe donc plus.

[10] D'un point de vue pratique, ce serait faire perdre temps et argent aux parties que de renvoyer l'affaire *Desbiens* à la CRT pour qu'elle la tranche en conformité avec l'arrêt que nous prononçons aujourd'hui dans *Plourde*. La décision qui en résulterait ne fait aucun doute. Le magasin de Jonquière est fermé. Il n'existe aucune possibilité que les appelantes soient réintégrées dans leur emploi. Les appelantes n'ont désormais plus d'éléments sur lesquels fonder leur demande sous le régime de l'art. 15. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi, mais sans dépens, vu les circonstances.

Version française des motifs des juges LeBel, Abella et Cromwell rendus par

[11] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Le 17 mai 2005, des salariées ont déposé des plaintes en vue d'obtenir réparation en vertu de l'art. 15 du *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, parce que, selon elles, l'employeur, Wal-Mart, les avait congédiées à cause de leurs activités syndicales. Comme dans l'affaire *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465, dont les motifs sont déposés simultanément, aucune des plaintes ne visait à faire annuler la fermeture du magasin.

[12] La Commission des relations du travail a examiné leurs plaintes et est arrivée à la conclusion

present evidence proving that the store closing was definitive. Applying *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. v. Roy*, [1981] T.T. 22, the Commission concluded that Wal-Mart had thus failed to discharge its burden under s. 17 of showing that the dismissals had been for a “good and sufficient reason”. The Commission reserved its determination on the appropriate remedies.

[13] This success is moot, given the determination in the subsequent proceedings in *Plourde* that the closing did in fact turn out to be definitive. Pursuant to the views I expressed in *Plourde* that the motives for a dismissal ought to be scrutinized in the case of a closing, whether or not it is genuine, I think the dismissals ought to be re-evaluated to determine whether they were motivated by anti-union animus.

[14] I would therefore allow the appeal with costs throughout and, as in *Plourde*, refer the complaints to the Commission to be heard on the merits.

Appeal dismissed, LEBEL, ABELLA and CROMWELL JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Philion Leblanc Beaudry, Montréal.

Solicitors for the respondent: Heenan Blaikie, Montréal.

Solicitor for the intervener Commission des relations du travail: Commission des relations du travail, Québec.

Solicitors for the intervener the Alliance of Manufacturers & Exporters Canada: Baker & McKenzie, Toronto.

Solicitor for the intervener Fédération des travailleurs du Québec (FTQ): Robert Laurin, Sainte-Julie.

que Wal-Mart n’avait pas produit de preuve démontrant que la fermeture du magasin était définitive. La Commission a appliqué le raisonnement suivi dans l’affaire *City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy*, [1981] T.T. 22, pour conclure que Wal-Mart ne s’était donc pas acquittée de la charge que lui imposait l’art. 17 du *Code du travail* de démontrer qu’elle avait congédié les employées pour une « cause juste et suffisante ». La Commission a réservé sa décision sur les réparations qu’il convenait d’accorder.

[13] Or, ce succès est théorique, compte tenu qu’il est ressorti plus tard, dans l’affaire *Plourde*, que la fermeture était effectivement définitive. Suivant l’opinion que j’ai exprimée dans *Plourde*, selon laquelle les motifs d’un congédiement qui survient au moment d’une fermeture, véritable ou non, devraient faire l’objet d’un examen, j’estime que les congédiements devraient être réexaminés pour qu’il soit déterminé s’ils étaient motivés par l’antisindicalisme.

[14] J’accueillerais donc l’appel avec dépens devant toutes les cours et, comme dans *Plourde*, je renverrais les plaintes à la Commission pour qu’elle les entende au fond.

Pourvoi rejeté, les juges LEBEL, ABELLA et CROMWELL sont dissidents.

Procureurs des appelantes : Philion Leblanc Beaudry, Montréal.

Procureurs de l’intimée : Heenan Blaikie, Montréal.

Procureur de l’intervenante la Commission des relations du travail : Commission des relations du travail, Québec.

Procureurs de l’intervenante l’Alliance des manufacturiers et exportateurs du Canada : Baker & McKenzie, Toronto.

Procureur de l’intervenante la Fédération des travailleurs du Québec (FTQ) : Robert Laurin, Sainte-Julie.

Solicitor for the intervener the Coalition of BC Businesses: University of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Chamber of Commerce: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Solicitors for the intervener Conseil du patronat du Québec: Ogilvy Renault, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intervenante Coalition of BC Businesses: University of British Columbia, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Chambre de commerce du Canada: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil du patronat du Québec: Ogilvy Renault, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2009 Vol. 3

and Tables

**Cited as [2009] 3 S.C.R. { i-liv
551-742**

3^e cahier, 2009 Vol. 3

et Tables

**Renvoi [2009] 3 R.C.S. { i-liv
551-742**

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 adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

CLAIRE ZOË BIDER-HALL	KAREN LEVASSEUR	IDA SMITH
JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	JACQUELINE STENCEL
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	LESLI TAKAHASHI
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	RENÉE MARIA TREMBLAY
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	TIMOTHY WILSON

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

STEPHEN BALOGH	Jurilinguists / Jurilinguistes	ROSALIE TO-THANH-HIEN
MARIE RODRIGUE	MARIE-LUC SIMONEAU	CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE DELORME	NANCY MCCAUGHAN	PETER O'DOHERTY
	PAULINE MCTAVISH	

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Publishing & Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse aux Éditions et Services de dépôts, Travaux Publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0S5, en indiquant l'ancienne adresse.

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata	iv
Motions	v
Table of Judgments	xiii
Table of Cases Cited	xvii
Statutes and Regulations Cited.....	xlvi
Trade Agreements.....	xlvi
Authors Cited.....	xlix
Index	735

Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens 605

Insurance — Accident insurance — Accident and Disease benefit — Insured person becoming paralyzed below his mid-abdomen after acquiring genital herpes by engaging in unprotected sexual intercourse — Whether insured's paralysis caused by "external, violent and accidental means" within meaning of insurance policy.

Grant v. Torstar Corp. 640

Torts — Defamation — Defences — Responsible communication on matters of public interest — Newspaper and reporter being sued for libel after article was published concerning proposed private golf course development — Whether traditional defences for defamatory statements of fact are inconsistent with values underlying freedom of expression — Whether law of defamation should be modified to recognize defence of responsible communication on matters of public interest.

Torts — Defamation — Defences — Responsible communication on matters of public interest — Elements of defence — Respective roles of judge and jury.

Torts — Defamation — Defences — Fair comment — Newspaper and reporter being sued for libel after article was published concerning proposed private golf course development — Whether trial judge erred in his charge to jury on fair comment.

Quan v. Cusson 712

Torts — Defamation — Defences — Responsible communication on matters of public interest — Police constable suing newspaper and reporters for libel after articles were published alleging that he had misrepresented himself and possibly interfered with rescue operations at Ground Zero — Court of Appeal recognizing new responsible journalism defence but denying defendants its protection because they had not advanced it at trial — Whether

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges.....	iii
Errata	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xv
Table de la jurisprudence.....	xxxii
Lois et règlements cités	xlvii
Accords commerciaux	xlviii
Doctrine citée	xlix
Index	739

Co-operators Compagnie d'assurance-vie c. Gibbens 605

Assurances — Assurance accident — Indemnité de maladie ou d'accident — Assuré paralysé des jambes et de la partie inférieure du tronc après avoir contracté l'herpès génital à la suite de relations sexuelles non protégées — La paralysie de l'assuré résultait-elle d'une « cause externe, violente et accidentelle » au sens de la police d'assurance?

Grant c. Torstar Corp. 640

Responsabilité délictuelle — Diffamation — Moyens de défense — Communication responsable concernant des questions d'intérêt public — Action en libelle diffamatoire intentée contre un journal et un journaliste ayant publié un article sur un projet de terrain de golf privé — Les moyens de défense classiques applicables à l'égard d'énoncés de fait discriminatoires sont-ils incompatibles avec les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression? — Convient-il de modifier le droit en matière de diffamation pour y inclure la défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public?

Responsabilité délictuelle — Diffamation — Moyens de défense — Communication responsable concernant des questions d'intérêt public — Éléments de la défense — Rôles respectifs du juge et du jury.

Responsabilité délictuelle — Diffamation — Moyens de défense — Commentaire loyal — Action en libelle diffamatoire intentée contre un journal et un journaliste ayant publié un article sur un projet de terrain de golf privé — Le juge du procès a-t-il bien instruit le jury au sujet de la défense de commentaire loyal?

Quan c. Cusson 712

Responsabilité délictuelle — Diffamation — Moyens de défense — Communication responsable concernant des questions d'intérêt public — Action en libelle diffamatoire

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

common law of defamation should be modified to accord stronger protection to defamatory statements of fact published responsibly — If so, whether defendants should be able to avail themselves of new defence of responsible communication on matters of public interest at a new trial.

R. v. Bird 638

Criminal law — Defences — Abandonment — Accused charged with first degree murder, kidnapping and aggravated sexual assault — Trial judge finding air of reality to defence of abandonment and convicting accused of manslaughter, kidnapping and aggravated sexual assault — Court of Appeal erring in dismissing Crown's appeal from manslaughter conviction — Evidence incapable of supporting defence of abandonment — Facts as found by trial judge clearly establishing planned and deliberate murder — Conviction for manslaughter set aside and conviction for first degree murder entered.

R. v. Burke 566

Criminal law — Arrest without warrant — Reasonable grounds — Accused acquitted at trial of narcotic offence — Trial judge finding police officer did not have reasonable grounds to arrest accused without warrant — Whether trial judge imposed burden more onerous than "reasonable grounds" standard for arrest without warrant — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 495(1)(c).

R. v. Dudley 570

Criminal law — Procedure — Hybrid offences — Summary convictions — Limitation period — Information sworn more than six months after offences were alleged to have been committed — Plea not yet entered — Trial judge declaring information to be a nullity — Whether Crown can continue prosecution as indictable offence — Whether limitation period in s. 786(2) of Criminal Code applies to hybrid offences.

R. v. Legare 551

Criminal law — Sexual offences — Luring a child — Elements of offence — Man communicating by computer with 12-year-old girl who had said she was 13 — Communication indicating desire of both parties to engage in explicit sexual activity — Telephone contact made and coarse and explicit language used — Accused charged with "luring a child" and acquitted at trial — Whether trial judge misapprehended essential elements of offence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 172.1(1)(c).

SOMMAIRE (Suite)

par un agent de police contre un journal et des journalistes ayant publié des articles alléguant qu'il s'était présenté sous un faux jour et qu'il avait possiblement nuí aux opérations de sauvetage à Ground Zero — Cour d'appel reconnaissant un nouveau moyen de défense de journalisme responsable, mais empêchant les défendeurs de s'en prévaloir parce qu'ils ne l'ont pas invoqué au procès — Y a-t-il lieu de modifier les règles de common law en matière de diffamation afin d'offrir une plus grande protection aux énoncés de fait diffamatoires publiés de façon responsable? — Si oui, les défendeurs devraient-ils pouvoir invoquer le nouveau moyen de défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public dans le cadre d'un nouveau procès?

R. c. Bird 638

Droit criminel — Moyens de défense — Renonciation — Accusée inculpée de meurtre au premier degré, d'enlèvement et d'agression sexuelle grave — Juge du procès estimant que le moyen de défense de la renonciation avait une apparence de vraisemblance et déclarant l'accusée coupable d'homicide involontaire coupable, d'enlèvement et d'agression sexuelle grave — Cour d'appel faisant erreur en rejetant l'appel du ministère public contre la déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable — Preuve incapable d'appuyer le moyen de défense de la renonciation — Faits constatés par la juge de première instance établissant clairement qu'il s'agit d'un meurtre commis avec préméditation et de propos délibéré — Déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable annulée et déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée.

R. c. Burke 566

Droit criminel — Arrestation sans mandat — Motifs raisonnables — Accusé acquitté au procès pour infraction relative à des drogues — Conclusion de la juge de première instance selon laquelle l'agent de police n'avait pas de motifs raisonnables d'arrêter l'accusé sans mandat — La juge de première instance a-t-elle imposé un fardeau plus lourd que la norme des motifs raisonnables dans le cas d'une arrestation sans mandat? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 495(1)c).

R. c. Dudley 570

Droit criminel — Procédure — Infractions mixtes — Déclarations de culpabilité par procédure sommaire — Délai de prescription — Dénonciation faite plus de six mois après que les infractions auraient été commises — Plaidoyer non encore inscrit — Juge du procès déclarant que la dénonciation est nulle — Le ministère public peut-il continuer la poursuite en procédant par voie de mise en

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

accusation? — Le délai de prescription prévu à l'art. 786(2) du Code criminel s'applique-t-il aux infractions mixtes?

R. c. Legare 551

Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Leurre — Éléments de l'infraction — Communication par ordinateur d'un homme avec une enfant de 12 ans ayant affirmé en avoir 13 — Communication témoignant du désir des deux parties de se livrer à une activité au caractère sexuel explicite — Appel téléphonique et emploi de termes crus et explicites — Acquiescement de l'accusé au procès sur un chef de « leurre » — Le juge de première instance a-t-il mal interprété les éléments essentiels de l'infraction? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 172.1(1)c).



2009 Volume 3

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 / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

CLAIRE ZOË BIDER-HALL	Legal Counsel / Conseillers juridiques KAREN LEVASSEUR	IDA SMITH
JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	JACQUELINE STENCEL
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	LESLI TAKAHASHI
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	RENÉE MARIA TREMBLAY
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	TIMOTHY WILSON

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

STEPHEN BALOGH	Jurilinguists / Jurilinguistes MARIE-LUC SIMONEAU	ROSALIE TO-THANH-HIEN
MARIE RODRIGUE		CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
INGRID LOYOLA-NAZARETH

SUZANNE AUDET	Technical Revisors / Réviseurs techniques NANCY MCCAUGHAN	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE DELORME	PAULINE MCTAVISH	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointes 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 WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUIS LeBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

The Honourable MORRIS FISH

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable LOUISE CHARRON

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

The Honourable THOMAS ALBERT CROMWELL

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUIS LEBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

L'honorable MORRIS FISH

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable LOUISE CHARRON

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

L'honorable THOMAS ALBERT CROMWELL

ERRATA

[1994] 3 S.C.R., p. 1044, line *a-3* of the French version. Read “La règle énoncée” instead of “Le règle énoncée”.

[1997] 1 S.C.R., p. 344, para. 50, line 20 of the French version. Read “Ce genre de preuve a manifestement une valeur probante” instead of “Ce genre de preuve n’a manifestement aucune valeur probante”.

[1994] 3 R.C.S., p. 1044, ligne *a-3* de la version française. Lire « La règle énoncée » au lieu de « Le règle énoncée ».

[1997] 1 R.C.S., p. 344, par. 50, ligne 20 de la version française. Lire « Ce genre de preuve a manifestement une valeur probante » au lieu de « Ce genre de preuve n’a manifestement aucune valeur probante ».

MOTIONS — REQUÊTES

(September 19 to December 31, 2009 – 19 septembre au 31 décembre 2009)

- 3216438 Canada Inc. v. Dagan*, (Qué.), 33235, leave to appeal refused with costs, 29.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 4287975 Canada Inc. v. Imvescor Restaurants Inc.*, (Ont.), 33207, leave to appeal refused with costs, 1.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- 667975 B.C. Ltd. v. Purewal*, (B.C.), 33278, leave to appeal refused with costs, 5.11.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Abarquez v. The Queen*, (Ont.), 33263, leave to appeal refused with costs, 17.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- B.P. c. La Reine*, (Qué.) (Crim.), 33217, leave to appeal refused, 15.10.09, autorisation d'appel refusée.
- Beese v. Beese*, (B.C.), 33014, leave to appeal refused, 8.10.09, autorisation d'appel refusée.
- Bilodeau c. Ministre de la Justice du Canada*, (Qué.) (Crim.), 33216, leave to appeal refused with costs, 8.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Breakell v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 33277, notice of discontinuance filed, 31.12.09, avis de désistement produit.
- Bukin v. Toronto Dominion Bank*, (Ont.), 33147, leave to appeal refused with costs, 1.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Burke v. Governor and Company of Adventurers of England Trading into Hudson's Bay*, (Ont.), 32789, leave to appeal granted with costs in the cause, 29.10.09, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- C.D. v. A.B.*, (B.C.), 33247, leave to appeal refused with costs, 22.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- C.L. c. A.L.*, (Qué.), 33268, leave to appeal and cross-appeal refused with costs, 12.11.09, autorisations d'appel et d'appel incident refusées avec dépens.
- Cape Breton Regional Municipality v. Attorney General of Nova Scotia*, (N.S.), 33246, leave to appeal refused, 17.12.09, autorisation d'appel refusée.
- Century Services Inc. v. Attorney General of Canada*, (B.C.), 33239, leave to appeal granted with costs in the cause, 5.11.09, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Chief Denton George v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 33226, leave to appeal refused with costs, 22.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chu v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (Ont.) (Crim.), 33338, notice of discontinuance filed, 15.10.09, avis de désistement produit.
- Coll c. Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP, section locale 301)*, (Qué.), 33200, leave to appeal refused with costs, 8.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Colley v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 33316, leave to appeal refused, 17.12.09, autorisation d'appel refusée.
- Construction et Démolition Deschênes inc. c. Ateliers Non-Tech inc.*, (Qué.), 33249, leave to appeal refused with costs, 12.11.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cranston v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33281, leave to appeal refused, 8.10.09, autorisation d'appel refusée.

- Crees of Oujé-Bougoumou v. Director of Youth Protection of Batshaw Centres*, (Qué.), 33185, leave to appeal refused with costs, 29.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Death v. Neighbourhoods of Windfields Limited Partnership*, (Ont.), 33210, leave to appeal refused with costs, 19.11.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Delaa v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 33260, leave to appeal refused, 29.10.09, autorisation d'appel refusée.
- Demers c. Raymond Chabot Inc.*, (Qué.), 33220, leave to appeal refused with costs, 1.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dinney v. Great-West Life Assurance Co.*, (Man.), 33222, leave to appeal refused with costs, 17.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Director George Arsenault v. Griffin*, (P.E.I.), 33004, leave to appeal refused with costs, 3.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dubé c. La Reine*, (C.F.), 33194, leave to appeal granted with costs in the cause, 29.10.09, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Duguay c. La Reine*, (Qué.) (Crim.), 33306, leave to appeal refused, 19.11.09, autorisation d'appel refusée.
- Duterville c. La Reine*, (Qué.) (Crim.), 33244, leave to appeal refused, 12.11.09, autorisation d'appel refusée.
- Édifices St-Georges Inc. c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, (Qué.), 33328, leave to appeal refused, 17.12.09, autorisation d'appel refusée.
- Eli Lilly Canada Inc. v. Apotex Inc.*, (F.C.), 33165, leave to appeal refused with costs, 22.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Etches v. The Queen*, (Ont.), 33140, leave to appeal refused, 1.10.09, autorisation d'appel refusée.
- Fisher v. Victoria Hospital*, (Ont.), 32963, leave to appeal refused with costs and leave to cross-appeal refused, 22.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens et autorisation d'appel incident refusée.
- Flamand c. Ministère de l'Environnement du Québec*, (Qué.), 33294, leave to appeal refused with costs, 17.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fontaine c. Procureur général du Québec*, (Qué.) (Crim.), 33221, leave to appeal refused, 1.10.09, autorisation d'appel refusée.
- Ford Credit Canada Ltd. v. Marcoccia*, (Ont.), 33218, leave to appeal refused with costs, 24.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fortalis Anstalt v. Horizon Entertainment Ltd.*, (Que.), 33167, leave to appeal refused with costs, 1.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fortier v. Zellers Inc.*, (Que.), 33205, leave to appeal refused with costs, 24.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fortin c. La Reine*, (Qué.) (Crim.), 33307, leave to appeal refused, 19.11.09, autorisation d'appel refusée.
- Gagné c. Fortin*, (Qué.), 33197, leave to appeal refused with costs, 24.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gavrila c. Ministre de la Justice du Canada*, (Qué.) (Crim.), 33313, leave to appeal granted, 27.11.09, autorisation d'appel accordée.
- Gebremariam v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33339, leave to appeal refused, 10.12.09, autorisation d'appel refusée.
- GET Acceptance Corp. v. Land Title and Survey Authority of British Columbia*, (B.C.), 33193, leave to appeal refused with costs, 22.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gill v. The Queen*, (F.C.), 33144, leave to appeal refused with costs, 29.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Gill v. Yuen*, (B.C.), 33245, leave to appeal refused with costs, 5.11.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Goff Construction Ltd. v. The Queen*, (F.C.), 33139, leave to appeal refused with costs, 15.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gorman c. La Reine*, (Qué.) (Crim.), 33248, leave to appeal refused, 29.10.09, autorisation d'appel refusée.
- Grain Workers' Union, Local 333 v. B.C. Terminal Elevator Operations' Assn.*, (F.C.), 33322, leave to appeal refused with costs, 17.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Grenier c. Procureur général du Québec*, (Qué.), 33302, leave to appeal refused, 5.11.09, autorisation d'appel refusée.
- Groupe Immobilier Osiris Inc. c. King*, (Qué.), 33298, leave to appeal refused with costs, 17.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ha v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33256, leave to appeal refused, 12.11.09, autorisation d'appel refusée.
- Haque v. Ericsson Canada Inc.*, (Que.), 33317, leave to appeal refused with costs, 17.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Henry v. Scarborough Hospital*, (Ont.), 33267, leave to appeal refused with costs, 17.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hill v. H.H. Allen*, (Ont.), 33099, leave to appeal refused with costs, 15.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hislop v. Attorney General of Canada*, (Ont.), 33234, leave to appeal refused, 29.10.09, autorisation d'appel refusée.
- Holland nee Hegedus v. The Queen*, (B.C.), 33293, leave to appeal refused with costs, 10.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hollinger v. Hollinger*, (Que.), 33282, leave to appeal refused with costs, 17.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- House of Holy God v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 33255, leave to appeal refused with costs, 12.11.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Information Commissioner of Canada v. Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police*, (F.C.), 33297, leave to appeal granted with costs in the cause, 17.12.09, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Information Commissioner of Canada v. Minister of National Defence*, (F.C.), 33300, leave to appeal granted with costs in the cause, 17.12.09, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Information Commissioner of Canada v. Minister of Transport Canada*, (F.C.), 33296, leave to appeal granted with costs in the cause, 17.12.09, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Information Commissioner of Canada v. Prime Minister of Canada*, (F.C.), 33299, leave to appeal granted with costs in the cause, 17.12.09, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Irving Shipbuilding Inc. v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 33208, leave to appeal refused with costs, 22.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- J.H. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33241, leave to appeal refused, 29.10.09, autorisation d'appel refusée.
- Jacob v. The Queen*, (Ont.), 33254, leave to appeal refused with costs, 17.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Jamal v. Scarborough Hospital*, (Ont.), 33271, leave to appeal refused with costs, 17.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Kagan v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 33232, leave to appeal refused, 29.10.09, autorisation d'appel refusée.

- Kaleba c. Ministère de l'Emploi et de la Solidarité sociale*, (Qué.), 33251, leave to appeal refused, 8.10.09, autorisation d'appel refusée.
- Kaminski v. Minister of Social Development*, (F.C.), 32807, leave to appeal refused with costs, 22.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Karl Oil and Gas Ltd. v. Brookfield Bridge Lending Fund Inc.*, (Alta.), 33279, leave to appeal refused with costs, 19.11.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- King v. The Queen*, (N.B.) (Crim.), 32970, leave to appeal refused, 29.10.09, autorisation d'appel refusée.
- Lane v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33240, leave to appeal refused, 15.10.09, autorisation d'appel refusée.
- Latreille c. L'Industrielle-Alliance Compagnie d'assurance sur la vie*, (Qué.), 33347, leave to appeal refused with costs, 10.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lauder c. La Reine*, (Qué.) (Crim.), 33252, leave to appeal refused, 17.12.09, autorisation d'appel refusée.
- Laudon v. Roberts*, (Ont.), 33264, leave to appeal refused with costs, 5.11.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Law Foundation of Ontario v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, (Ont.), 33188, leave to appeal refused with costs, 24.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Létourneau c. La Reine*, (Qué.) (Crim.), 33253, leave to appeal refused, 22.10.09, autorisation d'appel refusée.
- Martinek v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, (Ont.), 33191, leave to appeal refused with costs, 24.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Matuschovsky v. Singer*, (Ont.), 33236, leave to appeal refused, 1.10.09, autorisation d'appel refusée.
- McElroy v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 33243, leave to appeal refused, 29.10.09, autorisation d'appel refusée.
- McIvor v. Registrar, Indian and Northern Affairs Canada*, (B.C.), 33201, leave to appeal refused with costs, 5.11.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Merck Frosst Canada Ltd. v. Mignacca*, (Ont.), 33225, leave to appeal refused with costs, 22.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Merck Frosst Canada Ltd. v. Wuttunee*, (Sask.), 32905, leave to appeal and cross-appeal refused, 22.10.09, autorisations d'appel et d'appel incident refusées.
- Michel (by her Committee & Litigation Guardian Alana Dixon) v. Doe*, (B.C.), 33287, leave to appeal refused with costs, 10.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport c. A... S...*, (Qué.), 33192, leave to appeal refused with costs, 5.11.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mohl v. University of British Columbia*, (B.C.), 33315, leave to appeal refused with costs, 19.11.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Morin c. La Reine*, (Qué.) (Crim.), 33309, leave to appeal refused, 19.11.09, autorisation d'appel refusée.
- Morrow v. Zhang*, (Alta.), 33311, leave to appeal refused with costs, 17.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Nadeau c. Métallurgistes unis d'Amérique (F.T.Q.)*, (C.F.), 33195, leave to appeal refused with costs, 15.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- NCJ Educational Services Ltd. v. Minister of National Revenue*, (F.C.), 33230, leave to appeal refused with costs, 12.11.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Northstar Lumber v. United Steelworkers of America, Local 1-424*, (B.C.), 33214, leave to appeal refused with costs, 5.11.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Nova Scotia Turkey Producers' Marketing Board v. Nova Scotia Attorney General*, (N.S.), 33274, leave to appeal refused, 19.11.09, autorisation d'appel refusée.
- P.H. International Trading Co. c. FBLGInc Corp.*, (Qué.), 33258, leave to appeal refused with costs, 15.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- P.R. c. L.P.*, (Qué.), 33286, leave to appeal refused with costs, 5.11.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pelletier Laplante c. Graphie 222 Inc.*, (Qué.), 33177, leave to appeal refused, 15.10.09, autorisation d'appel refusée.
- Pickton v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 33288, leave to appeal granted, 26.11.09, autorisation d'appel accordée.
- Pollitt v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 33270, leave to appeal refused with costs, 17.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Popack v. Lipszyc*, (Ont.), 33227, leave to appeal refused with costs, 15.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- R. v. Appleby*, (N.L.) (Crim.), 33116, leave to appeal refused, 5.11.09, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Malik*, (B.C.), 33266, leave to appeal granted with costs in the cause, 10.12.09, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- R. v. Tesainer*, (F.C.), 33123, leave to appeal refused with costs, 15.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Richard v. The Queen*, (B.C.), 33233, leave to appeal refused, 29.10.09, autorisation d'appel refusée.
- Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, (B.C.), 33132, leave to appeal granted with costs in the cause, 5.11.09, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- River Valley Poultry Farm Ltd. v. Attorney General of Canada*, (Ont.), 33223, leave to appeal refused with costs, 5.11.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Roy c. Procureur général du Québec*, (Qué.), 33228, leave to appeal refused, 1.10.09, autorisation d'appel refusée.
- Roy Swanson Farms Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, (Alta.), 33265, leave to appeal refused with costs, 22.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ruffolo v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, (Ont.), 33183, leave to appeal refused with costs, 24.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sagen v. Vancouver Organizing Committee for the 2010 Olympic and Paralympic Winter Games*, (B.C.), 33439, leave to appeal refused with costs, 22.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sawridge Band v. The Queen*, (F.C.), 33219, leave to appeal refused with costs, 10.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Saxena v. Canada (Minister of Justice)*, (B.C.) (Crim.), 33199, leave to appeal refused, 29.10.09, autorisation d'appel refusée.
- Seidel v. Telus Communications Inc.*, (B.C.), 33154, leave to appeal granted with costs in the cause, 5.11.09, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Sekhon v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 33229, leave to appeal refused, 5.11.09, autorisation d'appel refusée.
- Sharbern Holding Inc. v. Vancouver Airport Centre Ltd.*, (B.C.), 33280, leave to appeal granted with costs in the cause, 17.12.09, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, (F.C.), 33203, leave to appeal granted with costs in the cause, 26.11.09, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Smith v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33237, leave to appeal refused, 22.10.09, autorisation d'appel refusée.

- Sorbara v. Attorney General of Canada*, (Ont.), 33259, leave to appeal refused with costs, 5.11.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Stone v. Ellerman*, (B.C.), 33333, leave to appeal refused with costs, 17.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Succession Rolland Bastien c. La Reine*, (C.F.), 33196, leave to appeal granted with costs in the cause, 29.10.09, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Syndicat professionnel des ingénieurs d'Hydro-Québec (SPIHQ) c. Hydro-Québec*, (Qué.), 33231, leave to appeal refused with costs, 17.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Systèmes Électromécaniques EMSPEC inc. c. Pier-Luc Paquette*, (Qué.), 33376, leave to appeal refused, 19.11.09, autorisation d'appel refusée.
- Tadros v. Peel Regional Police Service*, (Ont.), 33295, leave to appeal refused with costs, 17.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Taillefer c. Clarica, cie d'assurance sur la vie*, (Qué.), 31978, leave to appeal refused with costs, 19.11.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tsuu T'ina Nation v. Frasier*, (Alta.), 33202, leave to appeal refused with costs, 22.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Turcotte v. Elliott*, (Ont.), 33161, leave to appeal refused with costs, 24.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Turmel v. Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission*, (F.C.), 33319, leave to appeal refused, 19.11.09, autorisation d'appel refusée.
- Turner v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33365, leave to appeal refused, 17.12.09, autorisation d'appel refusée.
- Vanasse v. Seguin*, (Ont.), 33358, leave to appeal granted with costs in the cause, 17.12.09, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Vancouver Sun v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 33204, leave to appeal refused, 22.10.09, autorisation d'appel refusée.
- Vanderploeg v. Saskatoon Cooperative Association Ltd.*, (Sask.), 33213, leave to appeal refused with costs, 1.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Vernacchia c. Expertises Médicales Profex Inc.*, (Qué.), 33386, notice of discontinuance filed, 27.11.09, avis de désistement produit.
- Ville de Montréal c. Leduc*, (Qué.), 33325, leave to appeal refused with costs, 17.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- W & D Logging Co. Ltd. v. Troy Daniel Lines*, (B.C.), 33155, leave to appeal refused with costs, 29.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Whissel c. La Reine*, (Qué.) (Crim.), 33308, leave to appeal refused, 19.11.09, autorisation d'appel refusée.
- White v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33330, case remanded to the Court of Appeal, 3.12.09, affaire renvoyée à la Cour d'appel.
- Williams v. HSBC Bank of Canada*, (Ont.), 33211, leave to appeal refused, 15.10.09, autorisation d'appel refusée.
- Williams v. The Queen*, (Ont.), 33257, leave to appeal refused with costs, 17.12.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Williams v. Toronto Dominion Bank*, (Ont.), 33209, leave to appeal refused, 15.10.09, autorisation d'appel refusée.
- Wilson v. Steel Technologies Inc.*, (Ont.), 33171, leave to appeal refused with costs, 1.10.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Windheim v. Promotions Taillon Liée, (Que.), 33151, leave to appeal refused with costs, 24.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Zhu v. Li, (B.C.), 33182, leave to appeal refused, 29.10.09, autorisation d'appel refusée.

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) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
9083-4185 Québec Inc., Re	286		
9083-4185 Québec Inc. (Syndic de)	286		
A		D	
Alternative granite & marbre Inc., Re	286	Desbiens v. Compagnie Wal-Mart du Canada	540
Alternative granite et marbre Inc. (Syndic d’)	286	Desbiens v. Wal-Mart Canada Corp.	540
Anekwu, United States of America v.	3	Dudley, R. v.	570
B		F	
B. (T.) v. Québec (Ministre de l’Éducation)	208	Fischbacher, Canada (Justice) v.	170
B. (T.) v. Québec (Tribunal administratif)	208	Fischbacher, United States of America v.	170
Basi, R. v.	389	G	
Bindra, Quebec (Education, Recreation and Sports)v.	208	G.E.L., R. v.	146
Bird, R. v.	638	Galambos v. Perez	247
Bourgeois v. Compagnie Wal-Mart du Canada	540	Gibbens, Co-operators Life Insurance Co. v.	605
Breslaw v. Montreal (City)	131	Grant v. Torstar Corp.	640
Burke, R. v.	566	H	
C		H.N. v. Québec (Ministre de l’Éducation)	208
Caisse populaire Desjardins de Montmagny, Quebec (Revenue) v.	286	Ha.-N. (H.) v. Quebec (Tribunal administratif)	208
Canada (Attorney General), Northrop Grumman Overseas Services Corp. v.	309	J	
Canada (Justice) v. Fischbacher	170	Jaw, R. v.	26
Compagnie Wal-Mart du Canada, Bourgeois v. ...	540	K	
Compagnie Wal-Mart du Canada, Desbiens v.	540	Kvello Estate, Miazga v.	339
Compagnie Wal-Mart du Canada, Plourde v.	465	L	
Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters	407	L. (G.E.), R. v.	146
Consortium Promecan Inc., Quebec (Revenue) v.	286	Last, R. v.	146
Consortium Promecan Inc., Re	286	Legare, R. v.	551
Consortium Promecan Inc. (Syndic de)	286	Longueuil (City), Marcotte v.	65
Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens	605		
Cusson, Quan v.	712		

	PAGE		PAGE
M			
Marcotte v. Longueuil (City)	65	Quebec (Revenue) v. National Bank of Canada ...	286
Miazga v. Kvello Estate	339	Québec (Tribunal administratif), B. (T.) v.	208
Montreal (City), Breslaw v.	131	Quebec (Tribunal administratif), Ha.-N. (H.) v. ...	208
		Québec (Tribunal administratif), T.B. v.	208
N			
N. (H.) v. Québec (Ministre de l'Éducation)	208	R	
National Bank of Canada, Quebec (Revenue) v. ..	286	R. v. Basi	389
Nguyen, Quebec (Education, Recreation and Sports) v.	208	R. v. Bird	638
Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)	309	R. v. Burke	566
P			
Perez, Galambos v.	247	R. v. Dudley	570
Plourde v. Compagnie Wal-Mart du Canada	465	R. v. G.E.L.	146
Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.	465	R. v. Jaw	26
Q			
Quan v. Cusson	712	R. v. L. (G.E.)	146
Quebec (Education, Recreation and Sports) v. Bindra	208	R. v. Last	146
Quebec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen	208	R. v. Legare	551
Québec (Ministre de l'Éducation), B. (T.) v.	208	T	
Québec (Ministre de l'Éducation), H.N. v.	208	T.B. v. Québec (Ministre de l'Éducation)	208
Québec (Ministre de l'Éducation), N. (H.) v.	208	T.B. v. Québec (Tribunal administratif)	208
Québec (Ministre de l'Éducation), T.B. v.	208	Torstar Corp., Grant v.	640
Quebec (Revenue) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny	286	U	
Quebec (Revenue) v. Consortium Promecan Inc.	286	United States of America v. Anekwu	3
		United States of America v. Fischbacher	170
W			
		Wal-Mart Canada Corp., Desbiens v.	540
		Wal-Mart Canada Corp., Plourde v.	465
		Western Canada Council of Teamsters, Consoli- dated Fastfrate Inc. v.	407

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
9083-4185 Québec inc., Re	286	D	
9083-4185 Québec inc. (Syndic de)	286	Desbiens c. Compagnie Wal-Mart du Canada	540
A		Dudley, R. c.	570
Alternative granite & marbre inc., Re	286	E	
Alternative granite et marbre inc. (Syndic d')	286	États-Unis d'Amérique c. Anekwu	3
Anekwu, États-Unis d'Amérique c.	3	F	
Anekwu, United States of America c.	3	Fischbacher, Canada (Justice) c.	170
B		Fischbacher, United States of America c.	170
B. (T.) c. Québec (Ministre de l'Éducation)	208	G	
B. (T.) c. Québec (Tribunal administratif)	208	G.E.L., R. c.	146
Banque Nationale du Canada c. Québec (Revenu)	286	Galambos c. Perez	247
Basi, R. c.	389	Gibbens, Co-operators Compagnie d'assurance-	
Bindra, Québec (Éducation, Loisir et Sport) c.	208	vie c.	605
Bird, R. c.	638	Grant c. Torstar Corp.	640
Bourgeois c. Compagnie Wal-Mart du Canada	540	H	
Breslaw c. Montréal (Ville)	131	H.N. c. Québec (Ministre de l'Éducation)	208
Burke, R. c.	566	Ha.-N. (H.) c. Québec (Tribunal administratif) ...	208
C		J	
Caisse populaire Desjardins de Montmagny,		Jaw, R. c.	26
Québec (Revenu) c.	286	K	
Canada (Justice) c. Fischbacher	170	Kvello (Succession), Miazga c.	339
Canada (Procureur général), Northrop Grumman		L	
Overseas Services Corp. c.	309	L. (G.E.), R. c.	146
Compagnie Wal-Mart du Canada, Bourgeois c. ...	540	Last, R. c.	146
Compagnie Wal-Mart du Canada, Desbiens c.	540		
Compagnie Wal-Mart du Canada, Plourde c.	465		
Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada			
Council of Teamsters	407		
Consortium Promecan inc., Québec (Revenu) c. ..	286		
Consortium Promecan inc., Re	286		
Consortium Promecan inc. (Syndic de)	286		
Co-operators Compagnie d'assurance-vie c.			
Gibbens	605		
Cusson, Quan c.	712		

	PAGE		PAGE
Legare, R. c.	551	Québec (Revenu) c. Consortium Promecan inc. ...	286
Longueuil (Ville), Marcotte c.	65	Québec (Tribunal administratif), B. (T.) c.	208
M		Québec (Tribunal administratif), Ha.-N. (H.) c. ...	208
Marcotte c. Longueuil (Ville)	65	Québec (Tribunal administratif), T.B. c.	208
Miazga c. Kvello (Succession)	339	R	
Montréal (Ville), Breslaw c.	131	R. c. Basi	389
N		R. c. Bird	638
N. (H.) c. Québec (Ministre de l'Éducation)	208	R. c. Burke	566
Nguyen, Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. ...	208	R. c. Dudley	570
Northrop Grumman Overseas Services Corp. c.		R. c. G.E.L.	146
Canada (Procureur général)	309	R. c. Jaw	26
P		R. c. L. (G.E.)	146
Perez, Galambos c.	247	R. c. Last	146
Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada	465	R. c. Legare	551
Q		T	
Quan c. Cusson	712	T.B. c. Québec (Ministre de l'Éducation)	208
Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Bindra	208	T.B. c. Québec (Tribunal administratif)	208
Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen	208	Torstar Corp., Grant c.	640
Québec (Ministre de l'Éducation), B. (T.) c.	208	U	
Québec (Ministre de l'Éducation), H.N. c.	208	United States of America c. Anekwu	3
Québec (Ministre de l'Éducation), N. (H.) c.	208	United States of America c. Fischbacher	170
Québec (Ministre de l'Éducation), T.B. c.	208	W	
Québec (Revenu) c. Banque Nationale du Canada	286	Western Canada Council of Teamsters,	
Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins		Consolidated Fastfrate Inc. c.	407
deM ontmagny	286		

TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
874352 Ont. Ltd. (Comox District Free Press) and G.C.I.U., Local 525 M	(1995), 26 C.L.R.B.R. (2d) 209	524

A

A v. State of New South Wales	[2007] HCA 10, [2007] 3 L.R.C. 693	374
Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Sainte-Foy	[1983] 1 S.C.R. 403	87, 97
Abrath v. North Eastern Railway Co.	(1886), 11 App. Cas. 247	360
Academy of Medicine	[1977] O.L.R.B. Rep. 783	524
Ahmed v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)	2009 FC 672, 81 Imm. L.R. (3d) 116	581
Al's Steak House & Tavern Inc. v. Deloitte & Touche	(1999), 45 C.C.L.T. (2d) 98	376
Al-Fagih v. H.H. Saudi Research & Marketing (U.K.) Ltd.	[2001] EWCA Civ 1634 (BAILII)	692
Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio- television and Telecommunications Commission)	[1989] 2 S.C.R. 225	439, 448
Algoma Steel Corp. v. Allendale Mutual Insurance Co.	(1990), 72 O.R. (2d) 782	619
Alltour Marketing Support Services Ltd. v. Perras	D.T.E. 83T-855, SOQUIJ AZ-83147158	493, 528
American Accident Co. of Louisville v. Reigart	23 S.W. 191 (1893)	634
Amusements St-Gervais inc. v. Legault	[2000] J.Q. n ^o 687 (QL)	89
Argentina v. Mellino	[1987] 1 S.C.R. 536	196
Arsenault v. C & D Aerospace inc.	2006 QCCRT 654, [2006] D.C.R.T.Q. n ^o 654 (QL)	498
Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island	2000 SCC 1, [2000] 1 S.C.R. 3	229
Asselin v. Lord	D.T.E. 85T-193, SOQUIJ AZ-85147041	488
Attorney-General for Ontario v. Winner	[1954] A.C. 541	431, 455
Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards	[1984] 2 S.C.R. 66	217
Australian Broadcasting Corp. v. Reading	[2004] NSWCA 411 (AustLII)	702

B

Bacon v. U.S. Mutual Accident Assn.	44 Hun. 599 (1887)	631
Ballina Shire Council v. Ringland	(1994), 33 N.S.W.L.R. 680	669
Banks v. Globe and Mail Ltd.	[1961] S.C.R. 474	660
Banque canadienne impériale de commerce v. Aztec Iron Corp.	[1978] R.P. 385	241
Bazinet v. Commission scolaire de la Seigneurie-des-Mille-Îles	2004 QCCRT 606, [2004] D.C.R.T.Q. n ^o 606 (QL)	528
Beauchamp v. Cité d'Outremont	[1970] C.A. 286	122
Bédard v. Étalex inc.	2004 QCCRT 45, [2004] D.C.R.T.Q. n ^o 45 (QL)	528
Bélanger v. Hydro-Québec	D.T.E. 86T-86, SOQUIJ AZ-86147016	492
Berdah v. Nolisair International Inc.	[1991] R.D.J. 417	112
Bertalan Estate v. American Home Assurance Co.	(1999), 68 B.C.L.R. (3d) 118	626

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Bérubé v. Groupe Samson Inc.	D.T.E. 85T-932, SOQUIJ AZ-85147126	497, 545
Bigaouette v. The King	[1927] S.C.R. 112	61
Bisaillon v. Concordia University	2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666	125
Bonamie, Re	2001 ABCA 267, 293 A.R. 201	190
Bonnick v. Morris	[2002] UKPC 31, [2003] 1 A.C. 300	693
Bouchard v. Agropur Coopérative	2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349	78, 108, 140
Boucher v. The Queen	[1955] S.C.R. 16	364
Bourgeois v. Compagnie Wal-Mart du Canada	2005 QCCRT 502, [2005] D.C.R.T.Q. n° 502 (QL)	508
Bourget v. Matériaux B.G.B. ltée	D.T.E. 95T-1257, SOQUIJ AZ-95147099 ...	489
Boutin v. Wal-Mart Canada inc.	2005 QCCRT 225, [2005] D.C.R.T.Q. n° 225 (QL)	476
Boutin v. Wal-Mart Canada inc.	2005 QCCRT 269, [2005] D.C.R.T.Q. n° 269 (QL)	477, 508
Boutique Linen Chest (Phase II) Inc. v. Wise	(1997), 80 C.P.R. (3d) 540	101
Breslaw v. Montréal (City)	2009 SCC 44, [2009] 3 S.C.R. 131	75
Brintons, Ltd. v. Turvey	[1905] A.C. 230	622
Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.	[1992] 3 S.C.R. 87	618
British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 24	303
Brito v. Pfizer Canada inc.	2008 QCCS 2231, [2008] R.J.Q. 1420	109
Brouillard v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 39	60
Brown v. Continental Casualty Co.	108 So. 464 (1926)	626
Butler v. Regional Assessment Commissioner, Assessment Region No. 9	(1982), 39 O.R. (2d) 365	125
C		
C.C.R. Fishing Ltd. v. British Reserve Insurance Co.	[1990] 1 S.C.R. 814	632
Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond v. Canada	2009 SCC 29, [2009] 2 S.C.R. 94	303
Callery v. Gray (Nos 1 and 2)	[2002] UKHL 28, [2002] 3 All E.R. 417 ...	102
Canada v. Schmidt	[1987] 1 S.C.R. 500	23, 190
Canada (Attorney General) v. Hislop	2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429	127
Canada (Attorney General) v. Symtron Systems Inc.	[1999] 2 F.C. 514	316
Canada (Attorney General) v. Trueman, P.C.J.	(1996), 83 B.C.A.C. 227	580
Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa	2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339	491
Canada (Minister of Justice) v. Reumayr	2005 BCCA 391, 199 C.C.C. (3d) 1	192
Canada (Minister of Justice) v. Saad	2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393 ...	176, 201
Canada (Procureur général) v. Malcolm Média inc. (Expour 2000) ...	2007 QCCS 2427, [2007] J.Q. n° 5098 (QL)	104
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board) ...	[1995] 1 S.C.R. 157	546
Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)	[1991] 3 S.C.R. 459	701
Canadian Indemnity Co. v. Walkem Machinery & Equipment Ltd. ...	[1976] 1 S.C.R. 309	617
Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General for British Columbia	[1950] A.C. 122	442
Canadian Western Bank v. Alberta	2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3	426, 451

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission	[1978] 2 S.C.R. 141	459
Carroll v. CUNA Mutual Insurance Society	894 P.2d 746 (1995)	633
Caya v. 1641-9749 Québec Inc.	D.T.E. 85T-242, SOQUIJ AZ-85147051	497, 545
Central Web Offset Ltd. and C.E.P., Local 255G	(2008), 155 C.L.R.B.R. (2d) 113	524
Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)	2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350	404
Charman v. Orion Publishing Group Ltd.	[2007] EWCA Civ 972, [2008] 1 All E.R. 750	676
Château v. Placements Germarich Inc.	[1990] R.D.J. 625	82
Cie Price Ltée v. Auclair	D.T.E. 88T-688, SOQUIJ AZ-88021372	528
City Buick Pontiac (Montréal) Inc. v. Roy	[1981] T.T. 22	479, 506, 545, 548
City of Montreal v. Montreal Street Railway	[1912] A.C. 333	445
Claxton v. Travellers Insurance Co. of Hartford	(1917), 36 D.L.R. 481	634
Columbia Cellulose Co. v. Continental Casualty Co.	[1964] I.L.R. ¶ 1-119	615
Comité d'environnement de La Baie Inc. v. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée	[1990] R.J.Q. 655	82
Comité de citoyens et d'action municipale de St-Césaire v. Ville de St-Césaire	[1986] R.J.Q. 1061	85, 96, 138
Comité régional des usagers des transports en commun de Québec v. Quebec Urban Community Transit Commission	[1981] 1 S.C.R. 424	82, 112
Commission du salaire minimum v. Bell Telephone Co. of Canada ...	[1966] S.C.R. 767	431, 455
Compagnie Wal-Mart du Canada v. Commission des relations de travail	2006 QCCS 3784, [2006] J.Q. n ^o 6894 (QL)	508
Compagnie Wal-Mart du Canada v. Desbiens	2008 QCCA 236, [2008] J.Q. n ^o 673 (QL)	509
Computer Label Worldwide Co. (Re)	PR-2006-023, August 22, 2006	315
Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.	[1980] 1 S.C.R. 888	616
Consumers' Association of Canada v. Postmaster General	[1975] F.C. 11	431
Cornish v. Accident Insurance Co.	(1889), 23 Q.B.D. 453	626
Corporation du village de Deschênes v. Loveys	[1936] S.C.R. 351	85
Côté v. Compagnie F.W. Woolworth	[1978] R.L. 439	513
Côté v. Corp. Dicom	[1987] T.A. 183	533
Craig v. Université McGill (Office of Secretariat)	2007 QCCRT 278, [2007] D.C.R.T.Q. n ^o 278 (QL)	527
Crawford Transport Inc. and Teamsters, Local 879	(2006), 146 C.L.R.B.R. (2d) 234	500
Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)	[1991] 2 S.C.R. 5	424
Curtis Publishing Co. v. Butts	388 U.S. 130 (1967)	672
Cusson v. Quan	2007 ONCA 771, 231 O.A.C. 277	655

D

D.H.L. International Express Ltd.	(1994), 96 di 106	419, 462
D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)	2005 SCC 52, [2005] 2 S.C.R. 564	299
D'Amour v. Autobus Matanaïns inc.	2004 QCCRT 450, [2004] D.C.R.T.Q. n ^o 450 (QL)	528

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Dallaire v. Sûreté du Québec	2007 QCCRT 74, [2007] D.C.R.T.Q. n° 74 (QL)	527
Danby v. Beardsley	(1880), 43 L.T. 603	367
Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.	2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460	724
Dar v. Manufacturier de bas Iris inc.	[2000] R.J.D.T. 1632	491
De Souza v. Home and Overseas Insurance Co.	[1995] L.R.L.R. 453	615
Defence Construction (1951) Ltd. v. Zenix Engineering Ltd.	2008 FCA 109, 377 N.R. 47	316
Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs	2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801	125
Derksen v. 539938 Ontario Ltd.	2001 SCC 72, [2001] 3 S.C.R. 398	632
Desgagné v. Québec (Ministère de l'Emploi, de la Solidarité sociale et de la Famille)	2005 QCCRT 351, [2005] D.C.R.T.Q. n° 351 (QL)	527
Desmeules v. Hydro-Québec	[1987] R.J.Q. 428	112
Distinctive Leather Goods Ltd. v. Dubois	[1976] C.A. 648	519
Doral Construction Ltd.	[1980] O.L.R.B. Rep. 693	524
Doré v. Verdun (City)	[1997] 2 S.C.R. 862	89
Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)	2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3	229
Douglas v. Tucker	[1952] 1 S.C.R. 275	660
Du Plessis v. De Klerk	1996 (3) SA 850	672
Dunsmuir v. New Brunswick	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190	316, 491, 546

E

E.H. Industries Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)	2001 FCA 48, 267 N.R. 173	316
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)	[1989] 2 S.C.R. 1326	701
EF International Language Schools Inc. (Re)	[1997] B.C.L.R.B.D. No. 203 (QL)	524
EFJohnson (Re)	PR-2006-006, April 26, 2006	315
Entreprises Bérou inc. v. Arsenault	[1991] T.T. 312	497, 546
Eurodata Support Services Inc. (Re)	[2001] C.I.T.T. No. 59 (QL)	315
Europe Displays, Inc. (Re)	[2007] C.I.T.T. No. 2 (QL)	315

F

Fegan v. State Mutual Life Assurance Co. of America	945 F.Supp. 396 (1996)	614
Fenton v. Thorley & Co.	[1903] A.C. 443	617
Ferri v. Root	2007 ONCA 79, 279 D.L.R. (4th) 643	367
Ford v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 712	230
Frame v. Smith	[1987] 2 S.C.R. 99	278
Franœur v. Municipalité régionale de comté d'Acton	[1985] R.D.J. 511	84, 96, 138

G

Gabler v. Cymbaliski	(1922), 15 Sask. L.R. 457	360
Galloway v. Telegraph Group Ltd.	[2004] EWHC 2786 (QB) (BAILII)	690
Gauthier v. Sobeys Inc. (numéro 650)	[1995] T.T. 131	513
Gelmini v. Procureur général du Québec	[1982] C.A. 560	108
Giroux v. The King	(1917), 56 S.C.R. 63	585
Glenlight Shipping Ltd. v. Excess Insurance Co.	1983 S.L.T. 241	626
Glinski v. McIver	[1962] 1 All E.R. 696	374

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Globe and Mail Ltd. v. Boland	[1960] S.C.R. 203	660
Gosselin v. Procureur général du Québec	[1986] SOQUIJ AZ-87021083	126
Gosselin (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)	2005 SCC 15, [2005] 1 S.C.R. 238	229
Grant v. Torstar Corp.	2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640	716, 732
Gravel v. Corporation municipale de la paroisse de La Plaine	[1988] R.D.J. 60	85, 96, 138
Grenier v. Southam Inc.	[1997] O.J. No. 2193 (QL)	661
Guerin v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 335	278
Guillet v. American Home Assurance Co.	(2004), 72 O.R. (3d) 641	634
Guimond v. Quebec (Attorney General)	[1996] 3 S.C.R. 347	85, 99

H

Hainsworth v. Ontario (Attorney General)	[2002] O.J. No. 1390 (QL)	367
Harmegnies v. Toyota Canada inc.	2008 QCCA 380, [2008] J.Q. n ^o 1446 (QL)	104
Hashtroodi v. Hancock	[2004] EWCA Civ 652, [2004] 3 All E.R. 530	102
Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia	2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391	480
Heath v. Heape	(1856), 1 H. & N. 478, 156 E.R. 1289	360
Hicks v. Faulkner	(1878), 8 Q.B.D. 167	360
Hicks v. Faulkner	[1881-5] All E.R. Rep. 187	369
Hill v. Church of Scientology of Toronto	[1995] 2 S.C.R. 1130	663, 701, 721
Hilton Québec Ltée v. Labour Court	[1980] 1 S.C.R. 548	479
Hilton Québec Ltée v. Tribunal du travail	C.A. Québec, No. 200-09-000312-782, January 16, 1979	496
Hodgkinson v. Simms	[1994] 3 S.C.R. 377	262
Hoffmann — La Roche v. Secretary of State for Trade and Indus- try	[1974] 2 All E.R. 1128	142
Hollick v. Toronto (City)	2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158	107
Hôpital Notre-Dame v. Chabot	D.T.E. 85T-258, SOQUIJ AZ-85147054	520
Hôpital Royal Victoria v. Duceppe	[1984] T.T. 163	528
Horrocks v. Lowe	[1975] A.C. 135	658
Houde v. Université Concordia	2007 QCCRT 454, [2007] D.C.R.T.Q. n ^o 454 (QL)	527
Humber College of Applied Arts and Technology	[1979] O.L.R.B. Rep. 520	524
Hunt v. Ontario	[2004] O.J. No. 5284 (QL)	367
Hunt Manufacturing Ltd. and United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local No. 170	[1993] B.C.L.R.B.D. No. 291 (QL)	524

I

I.A.T.S.E., Stage Local 56 v. Société de la Place des Arts de Montréal	2004 SCC 2, [2004] 1 S.C.R. 43	479, 525
Immeubles Bona Ltée v. Labelle	[1995] R.D.J. 397	532
Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)	[1991] 1 S.C.R. 326	90, 113
In re Cannel Freight Cartage Ltd.	[1976] 1 F.C. 174	419, 461
In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada	[1932] A.C. 304	431, 455

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Industrielle (L'), Compagnie d'assurance sur la vie v. Nadeau	[1978] T.T. 175	496, 515
International Wallcoverings and Canadian Paperworkers Union	(1983), 4 C.L.R.B.R. (N.S.) 289	503
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 927	664
J		
J.D. Irving Ltd. and C.E.P.	(2003), 94 C.L.R.B.R. (2d) 105	524
Jalbert v. Sobey's Québec	2007 QCCRT 608, [2007] D.C.R.T.Q. n ^o 608 (QL)	498
Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL	[2005] EWCA Civ 74, [2005] 4 All E.R. 356	697, 702
Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL	[2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359...	674, 724
Jewhurst v. United Cigar Stores Ltd.	(1919), 49 D.L.R. 649	360
Joint v. Thompson	(1867), 26 U.C.Q.B. 519	360
Jones v. Aetna Life Insurance Co.	439 S.W.2d 721 (1969)	634
Jones v. Bennett	[1969] S.C.R. 277	660
JTI MacDonald Corp. v. Canada (Procureur général)	2009 QCCA 110, [2009] R.J.Q. 261	241
K		
Karas v. Canada (Minister of Justice)	2007 BCCA 637, 233 C.C.C. (3d) 237	194
Karas v. Canada (Minister of Justice)	2009 BCCA 1, 240 C.C.C. (3d) 293	199
Khumalo v. Holomisa	[2002] ZACC 12, 2002 (5) SA 401	680
Kindler v. Canada (Minister of Justice)	[1991] 2 S.C.R. 779	20, 195
Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)	2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3	97
Koch v. Empire Life Insurance Co.	(1981), 29 A.R. 49	634
Kolbuc v. ACE INA Insurance	2007 ONCA 364, 85 O.R. (3d) 652	635
Korponay v. Attorney General of Canada	[1982] 1 S.C.R. 41	585
Krieger v. Law Society of Alberta	2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372	347, 594
L		
Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.	2001 SCC 51, [2001] 2 S.C.R. 743	81
Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 574	265
Lafrance v. Commercial Photo Service Inc.	[1980] 1 S.C.R. 536	479, 519
Lagacé v. Laporte	[1983] T.T. 354	489
Lake v. Canada (Minister of Justice)	2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761	183, 199
Lallier v. Volkswagen Canada Inc.	2007 QCCA 920, [2007] R.J.Q. 1490	108
Lamb v. Kincaid	(1907), 38 S.C.R. 516	727
Landress v. Phoenix Mutual Life Insurance Co.	291 U.S. 491 (1934)	615
Lange v. Atkinson	[1998] 3 N.Z.L.R. 424	672
Lange v. Atkinson	[2000] 1 N.Z.L.R. 257	672
Lange v. Atkinson	[2000] 3 N.Z.L.R. 385	672
Lange v. Australian Broadcasting Corp.	(1997), 145 A.L.R. 96	672
Laramée v. Coop de taxi de Montréal	2004 QCCRT 30, [2004] D.C.R.T.Q. n ^o 30 (QL)	528
Lasalle v. Kaplan	[1988] R.D.J. 112	112
Latour v. The King	[1951] S.C.R. 19	61
Leenen v. Canadian Broadcasting Corp.	(2000), 48 O.R. (3d) 656	661
Lefebvre (Trustee of)	2004 SCC 63, [2004] 3 S.C.R. 326	301

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Leigh v. Michelin Tyre plc	[2003] EWCA Civ 1766, [2004] 2 All E.R. 175	102
Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.	2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591	424
London Artists, Ltd. v. Littler	[1969] 2 All E.R. 193	685
Loutchansky v. Times Newspapers Ltd.	[2001] EWCA Civ 1805, [2002] 1 All E.R. 652	681, 731
Love v. Denny	(1929), 64 O.L.R. 290	360
Lownds v. Home Office	[2002] EWCA Civ 365, [2002] 4 All E.R. 775	102

M

MacDonald Estate v. Martin	[1990] 3 S.C.R. 1235	262
Mahe v. Alberta	[1990] 1 S.C.R. 342	229
Marcotte v. Longueuil (City)	2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65	133, 137
Marcotte v. Longueuil (Ville de)	2007 QCCA 866, [2007] R.J.Q. 1467	136
Marcoux v. Thetford Mines (Ville)	2004 QCCRT 76, [2004] D.C.R.T.Q. n ^o 76 (QL)	528
Maresq et Brown Bovari (Canada) Ltd.	[1963] R.D.T. 242	495, 518
Marley v. Mitchell	(1988), [2006] N.Z.A.R. 181	374
Martin v. American International Assurance Life Co.	2003 SCC 16, [2003] 1 S.C.R. 158	612
McVey (Re)	[1992] 3 S.C.R. 475	183
Meadwell Enterprises Ltd. v. Clay and Co.	(1983), 44 B.C.L.R. 188	262
Milashenko v. Co-operative Fire & Casualty Co.	(1970), 11 D.L.R. (3d) 128	615
Miller v. Associated Newspapers Ltd.	[2005] EWHC 557 (QB) (BAILII)	689
Mills v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 863	397
Mthembi-Mahanyele v. Mail & Guardian Ltd.	[2004] ZASCA 67, 2004 (6) SA 329	680
Mustaji v. Tjin	(1995), 24 C.C.L.T. (2d) 191	270
Mutual of Omaha Insurance Co. v. Stats	[1978] 2 S.C.R. 1153	616

N

N. W. Commercial Travellers' Association v. London Guarantee and Accident Co.	(1895), 10 Man. R. 537	631
N.M. v. Smith	[2007] ZACC 6, 2007 (5) SA 250	680
Named Person v. Vancouver Sun	2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253	400
Narayan v. Canada (Minister of Justice)	2008 BCCA 280, 257 B.C.A.C. 121	194
National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris	[1990] 2 S.C.R. 1029	617
National Media Ltd. v. Bogoshi	1998 (4) SA 1196	672
Nault v. Canadian Consumer Co.	[1981] 1 S.C.R. 553	82
Nelles v. Ontario	[1989] 2 S.C.R. 170	347
New York Times Co. v. Sullivan	376 U.S. 254 (1964)	664
Norberg v. Wynrib	[1992] 2 S.C.R. 226	270
Norris v. Government of the United States of America	[2008] UKHL 16, [2008] 2 All E.R. 1103 ...	185
Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada	[1980] 1 S.C.R. 115	425, 447

O

Option Consommateurs v. Infineon Technologies AG	2008 QCCS 2781, [2008] R.J.Q. 1694	109
Ouellette v. Restaurants Scott Québec Ltée	D.T.E. 88T-546, SOQUIJ AZ-88147062	497, 545

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Quimet v. Solotech location inc.	2005 QCCRT 180, [2005] D.C.R.T.Q. n ^o 180 (QL)	527
P		
Parlett v. Robinson	(1986), 5 B.C.L.R. (2d) 26	661
Pednault v. Compagnie Wal-Mart du Canada	[2005] J.Q. n ^o 16222 (QL)	477, 508
Pednault v. Compagnie Wal-Mart du Canada	2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266	477
Pegasus Express Inc. and Teamsters, Local 880	(2006), 140 C.L.R.B.R. (2d) 77	501
Peoples Life Ins. Co. v. Menard	117 N.E.2d 376 (1954)	633
Pereira v. Hamilton Township Farmers' Mutual Fire Insurance Co. ...	(2006), 267 D.L.R. (4th) 690	729
Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.	2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678	727
Petersen v. The Queen	[1982] 2 S.C.R. 493	589
Pharmascience Inc. v. Option Consommateurs	2005 QCCA 437, [2005] R.J.Q. 1367	82
Pizza Pizza Ltd. v. Toronto Star Newspapers Ltd.	(1998), 42 O.R. (3d) 36	696
Plourde v. Cie Wal-Mart du Canada	2006 QCCRT 159, [2006] D.C.R.T.Q. n ^o 159 (QL)	508
Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.	2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465	543, 547
Prentiss v. Anderson Logging Co.	(1911), 16 B.C.R. 289	360
Prince Radu of Hohenzollern v. Houston	[2007] EWHC 2735 (QB) (BAILII)	692
Produits Coq d'Or Ltée v. Lévesque	[1984] T.T. 73	492, 528
Proulx v. Quebec (Attorney General)	2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9	347
PSAC v. Canada	[1987] 1 S.C.R. 424	509
Public Service Board v. Dionne	[1978] 2 S.C.R. 191	438, 449
Q		
Quan v. Cusson	2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712	655
Québec (Gouvernement du) (Revenu Québec) v. Fortin	2009 QCCRT 241, [2009] D.C.R.T.Q. n ^o 241 (QL)	532
Québec (Procureure générale) v. Solski	[2002] R.J.Q. 1285	222
Québec (Sous-ministre du Revenu) v. B.D.	[2002] R.J.Q. 54	89
Quesnel v. KPMG, s.r.l.	2007 QCCS 3990, [2007] J.Q. n ^o 9465 (QL)	104
R		
R. v. Alicandro	2009 ONCA 133, 246 C.C.C. (3d) 1	559
R. v. Arcangioli	[1994] 1 S.C.R. 129	48, 55
R. v. Arp	[1998] 3 S.C.R. 339	162
R. v. Beare	[1988] 2 S.C.R. 387	594
R. v. Belair	(1988), 41 C.C.C. (3d) 329	586
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	426
R. v. Bisson	[1997] R.J.Q. 286	60
R. v. Blais	2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236	426
R. v. Boutillier	(1995), 104 C.C.C. (3d) 327	586, 601
R. v. Burke	(1992), 78 C.C.C. (3d) 163	586
R. v. C. (D.J.)	(1985), 21 C.C.C. (3d) 246	580

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. C.D.	2005 SCC 78, [2005] 3 S.C.R. 668	61
R. v. Chambers	[1990] 2 S.C.R. 1293	50
R. v. Chartrand	[1994] 2 S.C.R. 864	47
R. v. Connors	(1998), 121 C.C.C. (3d) 358	581, 598
R. v. Cooksville Magistrate's Court, Ex parte Liquid Cargo Lines Ltd.	[1965] 1 O.R. 84	448
R. v. Court of Sessions of the Peace, ex parte Lafleur	[1967] 3 C.C.C. 244	595
R. v. Cross	(1996), 112 C.C.C. (3d) 410	156
R. v. Cuthbert	(1996), 106 C.C.C. (3d) 28	156
R. v. D. (S.)	(1997), 119 C.C.C. (3d) 65	581
R. v. Daley	2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523	50
R. v. Dyment	[1988] 2 S.C.R. 417	668
R. v. E. (L.)	(1994), 94 C.C.C. (3d) 228	156
R. v. Edwards	(1898), 2 C.C.C. 96	589
R. v. Fisk	(1996), 108 C.C.C. (3d) 63	395
R. v. G	[2004] EWCA Crim 1368, [2004] 2 Cr. App. R. 37 (p. 630)	402
R. v. Gallagher	(1922), 63 D.L.R. 629	61
R. v. Gougeon	(1980), 55 C.C.C. (2d) 218	581
R. v. Grondkowski	(1946), 31 Cr. App. R. 116	155
R. v. Handy	2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908	163
R. v. Hape	2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292	19
R. v. Huff	(1979), 50 C.C.C. (2d) 324	581
R. v. Jacquard	[1997] 1 S.C.R. 314	48
R. v. Jans	(1990), 59 C.C.C. (3d) 398	586
R. v. Jaw	2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26	168
R. v. Jewitt	[1985] 2 S.C.R. 128	364
R. v. Kalkhorany	(1994), 89 C.C.C. (3d) 184	586
R. v. Karpinski	[1957] S.C.R. 343	582, 592
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	665
R. v. Kelly	(1998), 128 C.C.C. (3d) 206	582
R. v. Kestenberg	(1959), 126 C.C.C. 387	155
R. v. Khan	2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823	49, 51
R. v. Leipert	[1997] 1 S.C.R. 281	397
R. v. Litchfield	[1993] 4 S.C.R. 333	154
R. v. Lucas	[1998] 1 S.C.R. 439	668
R. v. Mac	2002 SCC 24, [2002] 1 S.C.R. 856	47
R. v. Machacek	[1961] S.C.R. 163	589
R. v. Marinaro	[1996] 1 S.C.R. 462	48
R. v. McIntosh	[1995] 1 S.C.R. 686	61
R. v. Mitchell	(1997), 121 C.C.C. (3d) 139	580
R. v. Morrissey	(1995), 22 O.R. (3d) 514	43
R. v. Neil	2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631	263
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	668
R. v. O'Leary	(1991), 64 C.C.C. (3d) 573	581
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	235
R. v. Paré	[1987] 2 S.C.R. 618	47
R. v. Paul-Marr	2005 NSCA 73, 199 C.C.C. (3d) 424	580

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Peavoy	(1997), 34 O.R. (3d) 620	48
R. v. Pengelley	[2009] O.J. No. 1682 (QL)	561
R. v. Pharr	2007 ONCA 551, 227 O.A.C. 112	48
R. v. Phelps	(1993), 79 C.C.C. (3d) 550	587
R. v. Pilotte	(2002), 156 O.A.C. 1	403
R. v. Power	[1994] 1 S.C.R. 601	364
R. v. R. (D.)	(1995), 98 C.C.C. (3d) 353	353
R. v. R. (D.)	[1996] 2 S.C.R. 291	353
R. v. Regan	2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297	363
R. v. Richards	[1934] 2 W.W.R. 390	579
R. v. Rose	(1997), 100 O.A.C. 67	155
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654	664
R. v. Shiplack	(1993), 109 Sask. R. 311	581
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326	402
R. v. Tontarelli	2009 NBCA 52, 348 N.B.R. (2d) 41	581
R. v. Torbiak	(1974), 26 C.R.N.S. 108	60
R. v. Toronto Magistrates, Ex Parte Tank Truck Transport Ltd.	[1960] O.R. 497	448
R. v. Trochym	2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239	49, 64
R. v. Warsing	[1998] 3 S.C.R. 579	727
R. v. White	[1998] 2 S.C.R. 72	48, 55
R. v. Zundel	[1992] 2 S.C.R. 731	665
Ramsay v. Saskatchewan	2003 SKQB 163, 234 Sask. R. 172	367
Re Abarca and The Queen	(1980), 57 C.C.C. (2d) 410	581
Re Etherington and The Lancashire and Yorkshire Accident Insurance Co.	[1909] 1 K.B. 591	632
Re Ottawa-Carleton Regional Transit Commission and Amalgamated Transit Union, Local 279	(1983), 4 D.L.R. (4th) 452	437
Re The Queen and Cottrell Forwarding Co.	(1981), 124 D.L.R. (3d) 674	419, 461
Re United States of America and Smith	(1984), 44 O.R. (2d) 705	23
Reference re Alberta Statutes	[1938] S.C.R. 100	663
Reference re Anti-Inflation Act	[1976] 2 S.C.R. 373	317
Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)	[1991] 2 S.C.R. 525	317
Reference re Goods and Services Tax	[1992] 2 S.C.R. 445	295
Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act	[1955] S.C.R. 529	419
Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7)	[1993] 1 S.C.R. 839	229
Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)	[1987] 1 S.C.R. 313	509
Reference re Quebec Sales Tax	[1994] 2 S.C.R. 715	295
Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.	[1993] 1 S.C.R. 252	619
Retail Clerks' International Union and National Bank of Canada	(1981), 42 di 352	524
Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 454 v. Westfair Foods Ltd.	[1993] S.L.R.B.D. No. 2 (QL)	524
Reynolds v. Times Newspapers Ltd.	[1999] 4 All E.R. 609	672, 724
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	529
Roberts v. Gable	[2007] EWCA Civ 721, [2008] 2 W.L.R. 129	692
Robertson v. City of Montreal	(1915), 52 S.C.R. 30	85

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Rogers v. Merthyr Tydfil County Borough Council	[2006] EWCA Civ 1134, [2007] 1 All E.R. 354	102
Ross v. New Brunswick Teachers' Assn.	2001 NBCA 62, 201 D.L.R. (4th) 75	659
Ross v. United States of America	(1994), 93 C.C.C. (3d) 500	196
Roy v. Boivin Carrier	2006 QCCS 2663, [2006] J.Q. n ^o 4679 (QL)	104
Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)	[1996] 1 S.C.R. 369	546
Rumley v. British Columbia	2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184	107
RWDSU v. Saskatchewan	[1987] 1 S.C.R. 460	509

S

Saumur v. City of Quebec	[1953] 2 S.C.R. 299	663
Scott v. Fulton	2000 BCCA 124, 73 B.C.L.R. (3d) 392	698
Seaga v. Harper	[2008] UKPC 9, [2008] 1 All E.R. 965	675
Section locale 175 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier (SCEP) v. Petro-Canada	2008 QCCRT 246, [2008] D.C.R.T.Q. n ^o 246 (QL)	489
Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.	2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157	269
Siemens Westinghouse Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)	2001 FCA 241, [2002] 1 F.C. 292	316
Silva v. Centre hospitalier de l'Université de Montréal — Pavillon Notre-Dame	2007 QCCA 458, [2007] R.J.D.T. 363	497, 520
Simard v. Québec (Ministère de la Sécurité publique)	2004 QCCRT 57, [2004] D.C.R.T.Q. n ^o 57 (QL)	528
Simpson v. Mair	2004 BCSC 754, 31 B.C.L.R. (4th) 285	686
Sinclair v. Maritime Passengers' Assurance Co.	(1861), 3 E.L. & E.L. 478, 121 E.R. 521	620
Smith v. British Pacific Life Insurance Co.	[1965] S.C.R. 434	615
Smythe v. The Queen	[1971] S.C.R. 680	579, 595
Société des Hôtels Méridien Canada Ltée v. Tribunal du travail	80 CLLC ¶ 14,026	496, 519
Solski (Tutor of) v. Québec (Attorney General)	2005 SCC 14, [2005] 1 S.C.R. 201	220
St-Hilaire v. Sûreté du Québec	2003 QCCRT 559, [2003] D.C.R.T.Q. n ^o 559 (QL)	498
St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette	2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392	143
State v. Kiles	213 P.3d 174 (2009)	206
State v. Thompson	204 Ariz. 471 (2003)	206
Strother v. 3464920 Canada Inc.	2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177	265
Switzman v. Elbling	[1957] S.C.R. 285	663
Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 194 v. Disque Améric Inc.	[1996] T.T. 451	513
Syndicat des employés de la société chimique Laurentide Inc. v. Lambert	D.T.E. 85T-523, SOQUIJ AZ-85147077	489
Syndicat des infirmières et infirmiers du Centre hospitalier de l'Archipel (FIIQ) v. Plante	[2003] J.Q. n ^o 997 (QL)	529
Syndicat des salariés de distribution de produits pharmaceutiques (F.I.S.A.) v. Médis, Services pharmaceutiques et de santé inc.	[2000] R.J.D.T. 943	517
Syndicat des travailleurs en communication, électronique, électricité, techniciens et salariés du Canada (C.T.C. — F.T.Q.) v. Schwartz...	[1986] T.T. 165	489

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
T		
T.A.S. Communications v. Thériault	[1985] T.T. 271	492, 529
Teamsters — Conférence des communications graphiques, section locale 555 M v. Joncas Postexperts inc.	2008 QCCRT 249, [2008] D.C.R.T.Q. n ^o 249 (QL)	489
Téléphone Guèvremont Inc. v. Québec (Régie des télécommunications)	(1992), 99 D.L.R. (4th) 241	456
Textile Workers Union of America v. Darlington Manufacturing Co.	380 U.S. 263 (1965)	523
Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd.	(1994), 124 A.L.R. 1	677
Thompson v. Masson	[1993] R.J.Q. 69	82
Toogood v. Spyring	(1834), 1 C.M. & R. 181, 149 E.R. 1044	658
Toronto Electric Commissioners v. Snider	[1925] A.C. 396	424
Toronto Professional Firefighters' Association v. Toronto (City)	(2007), 223 O.A.C. 146	623
Totol Vision Enterprises Inc. v. 689720 B.C. Ltd.	2006 BCSC 639, [2006] B.C.J. No. 925 (QL)	102
Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 v. Ménard	2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138	477, 508
Tremaine v. A.H. Robins Canada Inc.	[1990] R.D.J. 500	82
Trinidad and Tobago v. Davis	2008 ABCA 275, 233 C.C.C. (3d) 435	581
“Truth” (N.Z.) Ltd. v. Holloway	[1960] 1 W.L.R. 997	691
Turcotte v. Montréal (Ville)	2003 QCCRT 545, [2003] D.C.R.T.Q. n ^o 545 (QL)	528
Turpin v. Collège d'enseignement général et professionnel de St-Laurent	(1988), 26 Q.A.C. 296	528
U		
UL Canada Inc. v. Québec (Procureur général)	[1999] R.J.Q. 1720	317
United Last Co. v. Tribunal du travail	[1973] R.D.T. 423	515
United States v. Burns	2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283	190
United States of America v. Cobb	2001 SCC 19, [2001] 1 S.C.R. 587	190
United States of America v. Dynar	[1997] 2 S.C.R. 462	21
United States of America v. Earles	2003 BCCA 20, 171 C.C.C. (3d) 116	23
United States of America v. Ferras	2006 SCC 33, [2006] 2 S.C.R. 77	9
United States of America v. Gorcyca	2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403....	176, 200
United States of America v. Johnson	(2002), 62 O.R. (3d) 327	189
United States of America v. Kissel	2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481	176, 201
United States of America v. Kwok	2001 SCC 18, [2001] 1 S.C.R. 532	21, 196
United States of America v. McDowell	(2004), 183 C.C.C. (3d) 149	9
United States of America v. Reumayr	2003 BCCA 375, 176 C.C.C. (3d) 377	176
United States of America v. Saad	(2004), 183 C.C.C. (3d) 97	190, 200
United States of America v. Vallée	2006 QCCA 229, 213 C.C.C. (3d) 553	14

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
United States of America v. Whitley	(1994), 94 C.C.C. (3d) 99	201
United Transportation Union v. Central Western Railway Corp.	[1990] 3 S.C.R. 1112	433, 446
V		
Vena v. Montréal (Ville)	[2002] J.Q. n ^o 4807 (QL)	85
Victuni AG v. Minister of Revenue of Quebec	[1980] 1 S.C.R. 580	301
Voison v. Royal Insurance Co. of Canada	(1988), 66 O.R. (2d) 45	634
W		
Wacjman v. United States of America	(2002), 171 C.C.C. (3d) 134	14
Wang v. Metropolitan Life Insurance Co.	(2004), 242 D.L.R. (4th) 598	617
Wasauksing First Nation v. Wasausink Lands Inc.	(2004), 184 O.A.C. 84	728
Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton	2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534	107
Westinghouse Canada Ltd.	[1980] O.L.R.B. Rep. 577	524
WIC Radio Ltd. v. Simpson	2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420	656, 701
Wilson v. Toronto (Metropolitan) Police Service	[2001] O.J. No. 2434 (QL)	370
Winchester Division—Olin Corp. (Re)	[2004] C.I.T.T. No. 44 (QL)	315
Windsor Airline Limousine Services Ltd. and U.S.W.A.	(1999), 56 C.L.R.B.R. (2d) 70	441
Wyman v. Dominion of Canada General Insurance Co.	[1936] 2 D.L.R. 268	620
Y		
York Condominium Corp. No. 148 v. Singular Investments Ltd.	(1977), 16 O.R. (2d) 31	125
Young v. Toronto Star Newspapers Ltd.	(2003), 66 O.R. (3d) 170	661

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
874352 Ont. Ltd. (Comox District Free Press) and G.C.I.U., Local 525 M	(1995), 26 C.L.R.B.R. (2d) 209	524

A

A c. State of New South Wales	[2007] HCA 10, [2007] 3 L.R.C. 693	374
A.I.E.S.T., local de scène n° 56 c. Société de la Place des Arts de Montréal	2004 CSC 2, [2004] 1 R.C.S. 43	479, 525
Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Sainte-Foy	[1983] 1 R.C.S. 403	87, 97
Abrath c. North Eastern Railway Co.	(1886), 11 App. Cas. 247	360
Academy of Medicine	[1977] O.L.R.B. Rep. 783	524
AFPC c. Canada	[1987] 1 R.C.S. 424	509
Ahmed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2009 CF 672, [2009] A.C.F. n° 843 (QL)	581
Al's Steak House & Tavern Inc. c. Deloitte & Touche	(1999), 45 C.C.L.T. (2d) 98	376
Al-Fagih c. H.H. Saudi Research & Marketing (U.K.) Ltd.	[2001] EWCA Civ 1634 (BAILII)	692
Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)	[1989] 2 R.C.S. 225	439, 448
Algoma Steel Corp. c. Allendale Mutual Insurance Co.	(1990), 72 O.R. (2d) 782	619
Alltour Marketing Support Services Ltd. c. Perras	D.T.E. 83T-855, SOQUIJ AZ-83147158	493, 529
American Accident Co. of Louisville c. Reigart	23 S.W. 191 (1893)	634
Amusements St-Gervais inc. c. Legault	[2000] J.Q. n° 687 (QL)	89
Argentine c. Mellino	[1987] 1 R.C.S. 536	196
Arsenault c. C & D Aerospace inc.	2006 QCCRT 654, [2006] D.C.R.T.Q. n° 654 (QL)	498
Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard	2000 CSC 1, [2000] 1 R.C.S. 3	229
Asselin c. Lord	D.T.E. 85T-193, SOQUIJ AZ-85147041	488
Association des consommateurs du Canada c. Ministre des Postes ...	[1975] C.F. 11	431
Attorney-General for Ontario c. Winner	[1954] A.C. 541	431, 455
Australian Broadcasting Corp. c. Reading	[2004] NSWCA 411 (AustLII)	702

B

Bacon c. U.S. Mutual Accident Assn.	44 Hun. 599 (1887)	631
Ballina Shire Council c. Ringland	(1994), 33 N.S.W.L.R. 680	670
Banks c. Globe and Mail Ltd.	[1961] R.C.S. 474	660
Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta	2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3	426, 451
Banque canadienne impériale de commerce c. Aztec Iron Corp.	[1978] R.P. 385	241
Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris	[1990] 2 R.C.S. 1029	617
Bazinet c. Commission scolaire de la Seigneurie-des-Mille-Îles	2004 QCCRT 606, [2004] D.C.R.T.Q. n° 606 (QL)	528
Beauchamp c. Cité d'Outremont	[1970] C.A. 286	122

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Bédard c. Étalex inc.	2004 QCCRT 45, [2004] D.C.R.T.Q. n° 45 (QL)	528
Bélanger c. Hydro-Québec	D.T.E. 86T-86, SOQUIJ AZ-86147016	492
Berdah c. Nolisair International Inc.	[1991] R.D.J. 417	112
Bertalan Estate c. American Home Assurance Co.	(1999), 68 B.C.L.R. (3d) 118	626
Bérubé c. Groupe Samson Inc.	D.T.E. 85T-932, SOQUIJ AZ-85147126	497, 546
Bigaouette c. The King	[1927] R.C.S. 112	61
Bisaillon c. Université Concordia	2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666	125
Bonamie, Re	2001 ABCA 267, 293 A.R. 201	190
Bonnick c. Morris	[2002] UKPC 31, [2003] 1 A.C. 300	693
Bouchard c. Agropur Coopérative	2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349	78, 108, 140
Boucher c. The Queen	[1955] R.C.S. 16	364
Bourgeois c. Compagnie Wal-Mart du Canada	2005 QCCRT 502, [2005] D.C.R.T.Q. n° 502 (QL)	508
Bourget c. Matériaux B.G.B. ltée	D.T.E. 95T-1257, SOQUIJ AZ-95147099 ...	489
Boutin c. Wal-Mart Canada inc.	2005 QCCRT 225, [2005] D.C.R.T.Q. n° 225 (QL)	477
Boutin c. Wal-Mart Canada inc.	2005 QCCRT 269, [2005] D.C.R.T.Q. n° 269 (QL)	477, 508
Boutique Linen Chest (Phase II) Inc. c. Wise	[1997] J.Q. n° 3189 (QL)	101
Breslaw c. Montréal (Ville)	2009 CSC 44, [2009] 3 R.C.S. 131	75
Brintons, Ltd. c. Turvey	[1905] A.C. 230	622
Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co.	[1992] 3 R.C.S. 87	618
Brito c. Pfizer Canada inc.	2008 QCCS 2231, [2008] R.J.Q. 1420	109
Brouillard c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 39	60
Brown c. Continental Casualty Co.	108 So. 464 (1926)	626
Butler c. Regional Assessment Commissioner, Assessment Region No. 9	(1982), 39 O.R. (2d) 365	125
C		
C.C.R. Fishing Ltd. c. British Reserve Insurance Co.	[1990] 1 R.C.S. 814	632
Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada	2009 CSC 29, [2009] 2 R.C.S. 94	303
Callery c. Gray (Nos 1 and 2)	[2002] UKHL 28, [2002] 3 All E.R. 417 ...	102
Canada c. Schmidt	[1987] 1 R.C.S. 500	23, 190
Canada (Attorney General) c. Trueman, P.C.J.	(1996), 83 B.C.A.C. 227	580
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa	2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339	491
Canada (Minister of Justice) c. Reumayr	2005 BCCA 391, 199 C.C.C. (3d) 1	192
Canada (Minister of Justice) c. Saad	2007 ONCA 75, 216 C.C.C. (3d) 393 ...	176, 201
Canada (Procureur général) c. Hislop	2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429	127
Canada (Procureur général) c. Malcolm Média inc. (Expour 2000) ...	2007 QCCS 2427, [2007] J.Q. n° 5098 (QL)	104
Canada (Procureur général) c. Symtron Systems Inc.	[1999] 2 C.F. 514	316
Canadian Indemnity Co. c. Walkem Machinery & Equipment Ltd. ...	[1976] 1 R.C.S. 309	617
Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney-General for British Columbia	[1950] A.C. 122	442

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne	[1978] 2 R.C.S. 141	459
Carroll c. CUNA Mutual Insurance Society	894 P.2d 746 (1995)	633
Caya c. 1641-9749 Québec Inc.	D.T.E. 85T-242, SOQUIJ AZ-85147051	497, 545
Central Web Offset Ltd. and C.E.P., Local 255G	(2008), 155 C.L.R.B.R. (2d) 113	524
Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350	404
Charman c. Orion Publishing Group Ltd.	[2007] EWCA Civ 972, [2008] 1 All E.R. 750	676
Château c. Placements Germarich Inc.	[1990] R.D.J. 625	82
Cie Price Ltée c. Auclair	D.T.E. 88T-688, SOQUIJ AZ-88021372	528
Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette	2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392	143
City Buick Pontiac (Montréal) Inc. c. Roy	[1981] T.T. 22	479, 506, 545, 548
City of Montreal c. Montreal Street Railway	[1912] A.C. 333	445
Claxton c. Travellers Insurance Co. of Hartford	(1917), 36 D.L.R. 481	634
Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.	[1989] 2 R.C.S. 24	303
Columbia Cellulose Co. c. Continental Casualty Co.	[1964] I.L.R. ¶ 1-119	615
Comité d'environnement de La Baie Inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée	[1990] R.J.Q. 655	82
Comité de citoyens et d'action municipale de St-Césaire c. Ville de St-Césaire	[1986] R.J.Q. 1061	85, 96, 138
Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec	[1981] 1 R.C.S. 424	82, 112
Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada ...	[1966] R.C.S. 767	431, 455
Compagnie Wal-Mart du Canada c. Commission des relations de travail	2006 QCCS 3784, [2006] J.Q. n ^o 6894 (QL)	508
Compagnie Wal-Mart du Canada c. Desbiens	2008 QCCA 236, [2008] J.Q. n ^o 673 (QL) ...	509
Computer Label Worldwide Co. (Re)	PR-2006-023, 22 août 2006	315
Cornish c. Accident Insurance Co.	(1889), 23 Q.B.D. 453	626
Corporation du village de Deschênes c. Loveys	[1936] R.C.S. 351	85
Côté c. Compagnie F.W. Woolworth	[1978] R.L. 439	513
Côté c. Corp. Dicom	[1987] T.A. 183	533
Craig c. Université McGill (Office of Secretariat)	2007 QCCRT 278, [2007] D.C.R.T.Q. n ^o 278 (QL)	527
Crawford Transport Inc. (Re)	[2006] D.C.C.R.I. n ^o 28 (QL)	500
Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail) ...	[1991] 2 R.C.S. 5	424
Curtis Publishing Co. c. Butts	388 U.S. 130 (1967)	672
Cusson c. Quan	2007 ONCA 771, 231 O.A.C. 277	655

D

D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)	2005 CSC 52, [2005] 2 R.C.S. 564	299
D'Amour c. Autobus Matanaïns inc.	2004 QCCRT 450, [2004] D.C.R.T.Q. n ^o 450 (QL)	528
Dallaire c. Sûreté du Québec	2007 QCCRT 74, [2007] D.C.R.T.Q. n ^o 74 (QL)	527

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Danby c. Beardsley	(1880), 43 L.T. 603	367
Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.	2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460	724
Dar c. Manufacturier de bas Iris inc.	[2000] R.J.D.T. 1632	491
De Souza c. Home and Overseas Insurance Co.	[1995] L.R.L.R. 453	615
Dell Computer Corp c. Union des consommateurs	2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801	125
Derksen c. 539938 Ontario Ltd.	2001 CSC 72, [2001] 3 R.C.S. 398	632
Desgagné c. Québec (Ministère de l'Emploi, de la Solidarité sociale et de la Famille)	2005 QCCRT 351, [2005] D.C.R.T.Q. n° 351 (QL)	527
Desmeules c. Hydro-Québec	[1987] R.J.Q. 428	112
Distinctive Leather Goods Ltd. c. Dubois	[1976] C.A. 648	519
Doral Construction Ltd.	[1980] O.L.R.B. Rep. 693	524
Doré c. Verdun (Ville)	[1997] 2 R.C.S. 862	89
Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)	2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3	229
Douglas c. Tucker	[1952] 1 R.C.S. 275	660
Du Plessis c. De Klerk	1996 (3) SA 850	672
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190	316, 491, 546

E

E.H. Industries Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)	2001 CAF 48, [2001] A.C.F. n° 325 (QL) ...	316
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)	[1989] 2 R.C.S. 1326	701
EF International Language Schools Inc. (Re)	[1997] B.C.L.R.B.D. No. 203 (QL)	524
EFJohnson (Re)	PR-2006-006, 26 avril 2006	315
Entreprises Bérou inc. c. Arsenault	[1991] T.T. 312	497, 546
États-Unis c. Burns	2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283	190
États-Unis d'Amérique c. Cobb	2001 CSC 19, [2001] 1 R.C.S. 587	190
États-Unis d'Amérique c. Dynar	[1997] 2 R.C.S. 462	21
États-Unis d'Amérique c. Ferras	2006 CSC 33, [2006] 2 R.C.S. 77	9
États-Unis d'Amérique c. Kwok	2001 CSC 18, [2001] 1 R.C.S. 532	21, 196
Eurodata Support Services Inc. (Re)	[2001] T.C.C.E. n° 59 (QL)	315
Europe Displays, Inc. (Re)	[2007] T.C.C.E. n° 2 (QL)	315
Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.	[1980] 1 R.C.S. 888	616

F

Fegan c. State Mutual Life Assurance Co. of America	945 F.Supp. 396 (1996)	614
Fenton c. Thorley & Co.	[1903] A.C. 443	617
Ferri c. Root	2007 ONCA 79, 279 D.L.R. (4th) 643	367
Ford c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 712	230
Frame c. Smith	[1987] 2 R.C.S. 99	278
Franceur c. Municipalité régionale de comté d'Acton	[1985] R.D.J. 511	84, 96, 138

G

Gabler c. Cymbaliski	(1922), 15 Sask. L.R. 457	360
Galloway c. Telegraph Group Ltd.	[2004] EWHC 2786 (QB) (BAILII)	690

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Gauthier c. Sobey's Inc. (numéro 650)	[1995] T.T. 131	513
Gelmini c. Procureur général du Québec	[1982] C.A. 560	108
Giroux c. The King	(1917), 56 R.C.S. 63	585
Glenlight Shipping Ltd. c. Excess Insurance Co.	1983 S.L.T. 241	626
Glinski c. McIver	[1962] 1 All E.R. 696	374
Globe and Mail Ltd. c. Boland	[1960] R.C.S. 203	660
Gosselin c. Procureur général du Québec	[1986] SOQUIJ AZ-87021083	126
Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)	2005 CSC 15, [2005] 1 R.C.S. 238	229
Grant c. Torstar Corp.	2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640	716, 732
Gravel c. Corporation municipale de la paroisse de La Plaine	[1988] R.D.J. 60	85, 96, 138
Grenier c. Southam Inc.	[1997] O.J. No. 2193 (QL)	661
Guerin c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 335	278
Guillet c. American Home Assurance Co.	(2004), 72 O.R. (3d) 641	634
Guimond c. Québec (Procureur général)	[1996] 3 R.C.S. 347	85, 99

H

Hainsworth c. Ontario (Attorney General)	[2002] O.J. No. 1390 (QL)	367
Harmegnies c. Toyota Canada inc.	2008 QCCA 380, [2008] J.Q. n ^o 1446 (QL)	104
Hashtroodi c. Hancock	[2004] EWCA Civ 652, [2004] 3 All E.R. 530	102
Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique	2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391	480
Heath c. Heape	(1856), 1 H. & N. 478, 156 E.R. 1289	360
Hicks c. Faulkner	(1878), 8 Q.B.D. 167	360
Hicks c. Faulkner	[1881-5] All E.R. Rep. 187	369
Hill c. Église de scientologie de Toronto	[1995] 2 R.C.S. 1130	663, 701, 721
Hilton Québec Ltée c. Tribunal du travail	[1980] 1 R.C.S. 548	479
Hilton Québec Ltée c. Tribunal du travail	C.A. Québec, n ^o 200-09-000312-782, 16 janvier 1979	496
Hodgkinson c. Simms	[1994] 3 R.C.S. 377	262
Hoffmann — La Roche c. Secretary of State for Trade and Industry ...	[1974] 2 All E.R. 1128	142
Hollick c. Toronto (Ville)	2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158	107
Hôpital Notre-Dame c. Chabot	D.T.E. 85T-258, SOQUIJ AZ-85147054	520
Hôpital Royal Victoria c. Duceppe	[1984] T.T. 163	528
Horrocks c. Lowe	[1975] A.C. 135	658
Houde c. Université Concordia	2007 QCCRT 454, [2007] D.C.R.T.Q. n ^o 454 (QL)	527
Humber College of Applied Arts and Technology	[1979] O.L.R.B. Rep. 520	524
Hunt c. Ontario	[2004] O.J. No. 5284 (QL)	367
Hunt Manufacturing Ltd. and United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local No. 170	[1993] B.C.L.R.B.D. No. 291 (QL)	524

I

Immeubles Bona Ltée c. Labelle	[1995] R.D.J. 397	532
Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)	[1991] 1 R.C.S. 326	90, 113

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
In re Cannet Freight Cartage Ltd.	[1976] 1 C.F. 174	419, 461
In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada	[1932] A.C. 304	431, 455
Industrielle (L), Compagnie d'assurance sur la vie c. Nadeau	[1978] T.T. 175	496, 515
International Wallcoverings and Canadian Paperworkers Union	(1983), 4 C.L.R.B.R. (N.S.) 289	503
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927	664

J

J.D. Irving Ltd. and C.E.P.	(2003), 94 C.L.R.B.R. (2d) 105	524
Jalbert c. Sobey's Québec	2007 QCCRT 608, [2007] D.C.R.T.Q. n° 608 (QL)	498
Jameel c. Wall Street Journal Europe SPRL	[2005] EWCA Civ 74, [2005] 4 All E.R. 356	697, 702
Jameel c. Wall Street Journal Europe SPRL	[2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359.....	674, 724
Jewhurst c. United Cigar Stores Ltd.	(1919), 49 D.L.R. 649	360
Joint c. Thompson	(1867), 26 U.C.Q.B. 519	360
Jones c. Aetna Life Insurance Co.	439 S.W.2d 721 (1969)	634
Jones c. Bennett	[1969] R.C.S. 277	660
JTI MacDonald Corp. c. Canada (Procureur général)	2009 QCCA 110, [2009] R.J.Q. 261	241

K

Karas c. Canada (Minister of Justice)	2007 BCCA 637, 233 C.C.C. (3d) 237	194
Karas c. Canada (Minister of Justice)	2009 BCCA 1, 240 C.C.C. (3d) 293	199
Khumalo c. Holomisa	[2002] ZACC 12, 2002 (5) SA 401	680
Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)	[1991] 2 R.C.S. 779	20, 195
Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)	2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3	97
Koch c. Empire Life Insurance Co.	(1981), 29 A.R. 49	634
Kolbuc c. ACE INA Insurance	2007 ONCA 364, 85 O.R. (3d) 652	635
Korponay c. Procureur général du Canada	[1982] 1 R.C.S. 41	585
Krieger c. Law Society of Alberta	2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372	347, 594

L

Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.	2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743	81
Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.	[1989] 2 R.C.S. 574	265
Lafrance c. Commercial Photo Service Inc.	[1980] 1 R.C.S. 536	479, 519
Lagacé c. Laporte	[1983] T.T. 354	489
Lake c. Canada (Ministre de la Justice)	2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761	183, 199
Lallier c. Volkswagen Canada Inc.	2007 QCCA 920, [2007] R.J.Q. 1490	108
Lamb c. Kincaid	(1907), 38 R.C.S. 516	727
Landress c. Phoenix Mutual Life Insurance Co.	291 U.S. 491 (1934)	615
Lange c. Atkinson	[1998] 3 N.Z.L.R. 424	672
Lange c. Atkinson	[2000] 1 N.Z.L.R. 257	672
Lange c. Atkinson	[2000] 3 N.Z.L.R. 385	672
Lange c. Australian Broadcasting Corp.	(1997), 145 A.L.R. 96	672

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Laramée c. Coop de taxi de Montréal	2004 QCCRT 30, [2004] D.C.R.T.Q. n ^o 30 (QL)	30 528
Lasalle c. Kaplan	[1988] R.D.J. 112	112
Latour c. The King	[1951] R.C.S. 19	61
Leenen c. Canadian Broadcasting Corp.	(2000), 48 O.R. (3d) 656	661
Lefebvre (Syndic de)	2004 CSC 63, [2004] 3 R.C.S. 326	301
Leigh c. Michelin Tyre plc	[2003] EWCA Civ 1766, [2004] 2 All E.R. 175	102
Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.	2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591	424
London Artists, Ltd. c. Littler	[1969] 2 All E.R. 193	685
Loutchansky c. Times Newspapers Ltd.	[2001] EWCA Civ 1805, [2002] 1 All E.R. 652	681, 731
Love c. Denny	(1929), 64 O.L.R. 290	360
Lownds c. Home Office	[2002] EWCA Civ 365, [2002] 4 All E.R. 775	102

M

Mahe c. Alberta	[1990] 1 R.C.S. 342	229
Marcotte c. Longueuil (Ville)	2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65	133, 138
Marcotte c. Longueuil (Ville de)	2007 QCCA 866, [2007] R.J.Q. 1467	136
Marcoux c. Thetford Mines (Ville)	2004 QCCRT 76, [2004] D.C.R.T.Q. n ^o 76 (QL)	528
Maresq et Brown Bovari (Canada) Ltd.	[1963] R.D.T. 242	495, 518
Marley c. Mitchell	(1988), [2006] N.Z.A.R. 181	374
Martin c. American International Assurance Life Co.	2003 CSC 16, [2003] 1 R.C.S. 158	612
McVey (Re)	[1992] 1 R.C.S. 475	183
Meadwell Enterprises Ltd. c. Clay and Co.	(1983), 44 B.C.L.R. 188	262
Milashenko c. Co-operative Fire & Casualty Co.	(1970), 11 D.L.R. (3d) 128	615
Miller c. Associated Newspapers Ltd.	[2005] EWHC 557 (QB) (BAILII)	689
Mills c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 863	397
Mthembu-Mahanyele c. Mail & Guardian Ltd.	[2004] ZASCA 67, 2004 (6) SA 329	680
Mustaji c. Tjin	(1995), 24 C.C.L.T. (2d) 191	271
Mutuelle d'Omaha Compagnie d'Assurances c. Stats	[1978] 2 R.C.S. 1153	616

N

N. W. Commercial Travellers' Association c. London Guarantee and Accident Co.	(1895), 10 Man. R. 537	631
N.M. c. Smith	[2007] ZACC 6, 2007 (5) SA 250	680
Narayan c. Canada (Minister of Justice)	2008 BCCA 280, 257 B.C.A.C. 121	194
National Media Ltd. c. Bogoshi	1998 (4) SA 1196	672
Nault c. Canadian Consumer Co.	[1981] 1 R.C.S. 553	82
Nelles c. Ontario	[1989] 2 R.C.S. 170	347
New York Times Co. c. Sullivan	376 U.S. 254 (1964)	664
Norberg c. Wynrib	[1992] 2 R.C.S. 226	270
Norris c. Government of the United States of America	[2008] UKHL 16, [2008] 2 All E.R. 1103 ...	185
Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada	[1980] 1 R.C.S. 115	425, 447

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
O		
Option Consommateurs c. Infineon Technologies AG	2008 QCCS 2781, [2008] R.J.Q. 1694	109
Ouellette c. Restaurants Scott Québec Ltée	D.T.E. 88T-546, SOQUIJ AZ-88147062	497, 546
Ouimet c. Solotech location inc.	2005 QCCRT 180, [2005] D.C.R.T.Q. n° 180 (QL)	527
P		
Parlett c. Robinson	(1986), 5 B.C.L.R. (2d) 26	661
Pednault c. Compagnie Wal-Mart du Canada	[2005] J.Q. n° 16222 (QL)	477, 508
Pednault c. Compagnie Wal-Mart du Canada	2006 QCCA 666, [2006] R.J.Q. 1266	477
Pegasus Express Inc. (Re)	[2006] D.C.C.R.I. n° 22 (QL)	501
Peoples Life Ins. Co. c. Menard	117 N.E.2d 376 (1954)	633
Pereira c. Hamilton Township Farmers' Mutual Fire Insurance Co. ...	(2006), 267 D.L.R. (4th) 690	730
Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.	2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678	727
Personne désignée c. Vancouver Sun	2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253	400
Petersen c. La Reine	[1982] 2 R.C.S. 493	589
Pharmascience Inc. c. Option Consommateurs	2005 QCCA 437, [2005] R.J.Q. 1367	82
Pizza Pizza Ltd. c. Toronto Star Newspapers Ltd.	(1998), 42 O.R. (3d) 36	696
Plourde c. Cie Wal-Mart du Canada	2006 QCCRT 159, [2006] D.C.R.T.Q. n° 159 (QL)	508
Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada	2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465	543, 547
Prentiss c. Anderson Logging Co.	(1911), 16 B.C.R. 289	360
Prince Radu of Hohenzollern c. Houston	[2007] EWHC 2735 (QB) (BAILII)	692
Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards	[1984] 2 R.C.S. 66	217
Produits Coq d'Or Ltée c. Lévesque	[1984] T.T. 73	492, 529
Proulx c. Québec (Procureur général)	2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9	347
Q		
Quan c. Cusson	2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712	655
Québec (Gouvernement du) (Revenu Québec) c. Fortin	2009 QCCRT 241, [2009] D.C.R.T.Q. n° 241 (QL)	532
Québec (Procureure générale) c. Solski	[2002] R.J.Q. 1285	222
Québec (Sous-ministre du Revenu) c. B.D.	[2002] R.J.Q. 54	89
Quesnel c. KPMG, s.r.l.	2007 QCCS 3990, [2007] J.Q. n° 9465 (QL)	104
R		
R. c. Alicandro	2009 ONCA 133, 246 C.C.C. (3d) 1	559
R. c. Arcangioli	[1994] 1 R.C.S. 129	48, 55
R. c. Arp	[1998] 3 R.C.S. 339	162
R. c. Beare	[1988] 2 R.C.S. 387	594

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Belair	(1988), 41 C.C.C. (3d) 329	586
R. c. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 R.C.S. 295	426
R. c. Bisson	[1997] R.J.Q. 286	60
R. c. Blais	2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236	426
R. c. Boutilier	(1995), 104 C.C.C. (3d) 327	586, 601
R. c. Burke	(1992), 78 C.C.C. (3d) 163	586
R. c. C. (D.J.)	(1985), 21 C.C.C. (3d) 246	580
R. c. C.D.	2005 CSC 78, [2005] 3 R.C.S. 668	61
R. c. Chambers	[1990] 2 R.C.S. 1293	50
R. c. Chartrand	[1994] 2 R.C.S. 864	47
R. c. Connors	(1998), 121 C.C.C. (3d) 358	581, 598
R. c. Cooksville Magistrate's Court, Ex parte Liquid Cargo Lines Ltd.	[1965] 1 O.R. 84	448
R. c. Court of Sessions of the Peace, ex parte Lafleur	[1967] 3 C.C.C. 244	595
R. c. Cross	[1996] J.Q. n° 3761 (QL)	156
R. c. Cuthbert	(1996), 106 C.C.C. (3d) 28	156
R. c. D. (S.)	(1997), 119 C.C.C. (3d) 65	581
R. c. Daley	2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523	50
R. c. Dymont	[1988] 2 R.C.S. 417	668
R. c. E. (L.)	(1994), 94 C.C.C. (3d) 228	156
R. c. Edwards	(1898), 2 C.C.C. 96	589
R. c. Fisk	(1996), 108 C.C.C. (3d) 63	395
R. c. G	[2004] EWCA Crim 1368, [2004] 2 Cr. App. R. 37 (p. 630)	402
R. c. Gallagher	(1922), 63 D.L.R. 629	61
R. c. Gougeon	(1980), 55 C.C.C. (2d) 218	581
R. c. Grondkowski	(1946), 31 Cr. App. R. 116	155
R. c. Handy	2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908	163
R. c. Hape	2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292	19
R. c. Huff	(1979), 50 C.C.C. (2d) 324	581
R. c. Jacquard	[1997] 1 R.C.S. 314	48
R. c. Jans	(1990), 59 C.C.C. (3d) 398	586
R. c. Jaw	2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26	168
R. c. Jewitt	[1985] 2 R.C.S. 128	364
R. c. Kalkhorany	(1994), 89 C.C.C. (3d) 184	586
R. c. Karpinski	[1957] R.C.S. 343	582, 592
R. c. Keegstra	[1990] 3 R.C.S. 697	665
R. c. Kelly	(1998), 128 C.C.C. (3d) 206	582
R. c. Kestenberg	(1959), 126 C.C.C. 387	155
R. c. Khan	2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823	49, 51
R. c. Leipert	[1997] 1 R.C.S. 281	397
R. c. Litchfield	[1993] 4 R.C.S. 333	154
R. c. Lucas	[1998] 1 R.C.S. 439	668
R. c. Mac	2002 CSC 24, [2002] 1 R.C.S. 856	47
R. c. Machacek	[1961] R.C.S. 163	589
R. c. Marinaro	[1996] 1 R.C.S. 462	48
R. c. McIntosh	[1995] 1 R.C.S. 686	61
R. c. Mitchell	(1997), 121 C.C.C. (3d) 139	580
R. c. Morrissey	(1995), 22 O.R. (3d) 514	43
R. c. Neil	2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631	263

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
R. c. O'Connor	[1995] 4 R.C.S. 411	668
R. c. O'Leary	(1991), 64 C.C.C. (3d) 573	581
R. c. Oakes	[1986] 1 R.C.S. 103	235
R. c. Paré	[1987] 2 R.C.S. 618	47
R. c. Paul-Marr	2005 NSCA 73, 199 C.C.C. (3d) 424	580
R. c. Peavoy	(1997), 34 O.R. (3d) 620	48
R. c. Pengelley	[2009] O.J. No. 1682 (QL)	561
R. c. Pharr	2007 ONCA 551, 227 O.A.C. 112	48
R. c. Phelps	(1993), 79 C.C.C. (3d) 550	587
R. c. Pilotte	(2002), 156 O.A.C. 1	403
R. c. Power	[1994] 1 R.C.S. 601	364
R. c. R. (D.)	(1995), 98 C.C.C. (3d) 353	353
R. c. R. (D.)	[1996] 2 R.C.S. 291	353
R. c. Regan	2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297	363
R. c. Richards	[1934] 2 W.W.R. 390	579
R. c. Rose	(1997), 100 O.A.C. 67	155
R. c. Salituro	[1991] 3 R.C.S. 654	664
R. c. Shiplack	(1993), 109 Sask. R. 311	581
R. c. Stinchcombe	[1991] 3 R.C.S. 326	402
R. c. Tontarelli	2009 NBCA 52, 348 R.N.-B. (2 ^e) 41	581
R. c. Torbiak	(1974), 26 C.R.N.S. 108	60
R. c. Toronto Magistrates, Ex Parte Tank Truck Transport Ltd.	[1960] O.R. 497	448
R. c. Trochym	2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239	49, 64
R. c. Warsing	[1998] 3 R.C.S. 579	727
R. c. White	[1998] 2 R.C.S. 72	48, 55
R. c. Zundel	[1992] 2 R.C.S. 731	665
Ramsay c. Saskatchewan	2003 SKQB 163, 234 Sask. R. 172	367
Re Abarca and The Queen	(1980), 57 C.C.C. (2d) 410	581
Re Etherington and The Lancashire and Yorkshire Accident Insurance Co.	[1909] 1 K.B. 591	632
Re Ottawa-Carleton Regional Transit Commission and Amalgamated Transit Union, Local 279	(1983), 4 D.L.R. (4th) 452	437
Re The Queen and Cottrell Forwarding Co.	(1981), 124 D.L.R. (3d) 674	419, 461
Re United States of America and Smith	(1984), 44 O.R. (2d) 705	24
Reference re Alberta Statutes	[1938] R.C.S. 100	663
Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act	[1955] R.C.S. 529	419
Régie des services publics c. Dionne	[1978] 2 R.C.S. 191	438, 449
Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.	[1993] 1 R.C.S. 252	619
Renvoi relatif à la Loi anti-inflation	[1976] 2 R.C.S. 373	317
Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)	[1993] 1 R.C.S. 839	229
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313	509
Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec	[1994] 2 R.C.S. 715	295
Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services	[1992] 2 R.C.S. 445	295
Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)	[1991] 2 R.C.S. 525	317
Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 454 c. Westfair Foods Ltd.	[1993] S.L.R.B.D. No. 2 (QL)	524
Reynolds c. Times Newspapers Ltd.	[1999] 4 All E.R. 609	672, 724
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 R.C.S. 27	529

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Roberts c. Gable	[2007] EWCA Civ 721, [2008] 2 W.L.R. 129	692
Robertson c. City of Montreal	(1915), 52 R.C.S. 30	85
Rogers c. Merthyr Tydfil County Borough Council	[2006] EWCA Civ 1134, [2007] 1 All E.R. 354	102
Ross c. New Brunswick Teachers' Assn.	2001 NBCA 62, 201 D.L.R. (4th) 75	659
Ross c. United States of America	(1994), 93 C.C.C. (3d) 500	197
Roy c. Boivin Carrier	2006 QCCS 2663, [2006] J.Q. n ^o 4679 (QL)	104
Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)	[1996] 1 R.C.S. 369	546
Rumley c. Colombie-Britannique	2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184	107

S

Saumur c. City of Quebec	[1953] 2 R.C.S. 299	663
Scott c. Fulton	2000 BCCA 124, 73 B.C.L.R. (3d) 392	698
SDGMR c. Saskatchewan	[1987] 1 R.C.S. 460	509
Seaga c. Harper	[2008] UKPC 9, [2008] 1 All E.R. 965	675
Section locale 175 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier (SCEP) c. Petro-Canada	2008 QCCRT 246, [2008] D.C.R.T.Q. n ^o 246 (QL)	489
Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.	2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157	270
Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)	2001 CAF 241, [2002] 1 C.F. 292	316
Silva c. Centre hospitalier de l'Université de Montréal — Pavillon Notre-Dame	2007 QCCA 458, [2007] R.J.D.T. 363...497, 520	
Simard c. Québec (Ministère de la Sécurité publique)	2004 QCCRT 57, [2004] D.C.R.T.Q. n ^o 57 (QL)	528
Simpson c. Mair	2004 BCSC 754, 31 B.C.L.R. (4th) 285	686
Sinclair c. Maritime Passengers' Assurance Co.	(1861), 3 E.L. & E.L. 478, 121 E.R. 521	620
Smith c. British Pacific Life Insurance Co.	[1965] R.C.S. 434	615
Smythe c. La Reine	[1971] R.C.S. 680	579, 595
Société des Hôtels Méridien Canada Ltée c. Tribunal du travail	80 CLLC ¶ 14,026	496, 519
Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)	[1995] 1 R.C.S. 157	546
Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général) ...	[1991] 3 R.C.S. 459	701
Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)	2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201	220
St-Hilaire c. Sûreté du Québec	2003 QCCRT 559, [2003] D.C.R.T.Q. n ^o 559 (QL)	498
State c. Kiles	213 P.3d 174 (2009)	206
State c. Thompson	204 Ariz. 471 (2003)	206
Strother c. 3464920 Canada Inc.	2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177	265
Succession MacDonald c. Martin	[1990] 3 R.C.S. 1235	262
Switzman c. Elbling	[1957] R.C.S. 285	663
Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 194 c. Disque Améric Inc.	[1996] T.T. 451	513
Syndicat des employés de la société chimique Laurentide Inc. c. Lambert	D.T.E. 85T-523, SOQUIJ AZ-85147077	489
Syndicat des infirmières et infirmiers du Centre hospitalier de l'Archipel (FIIQ) c. Plante	[2003] J.Q. n ^o 997 (QL)	529

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Syndicat des salariés de distribution de produits pharmaceutiques (F.I.S.A.) c. Médis, Services pharmaceutiques et de santé inc.	[2000] R.J.D.T. 943	517
Syndicat des travailleurs en communication, électronique, électricité, techniciens et salariés du Canada (C.T.C. — F.T.Q.) c. Schwartz...	[1986] T.T. 165	489
T		
T.A.S. Communications c. Thériault	[1985] T.T. 271	492, 529
Teamsters — Conférence des communications graphiques, section locale 555 M c. Joncas Postexperts inc.	2008 QCCRT 249, [2008] D.C.R.T.Q. n° 249 (QL)	489
Téléphone Guèvremont Inc. c. Québec (Régie des télécommunications)	[1993] R.J.Q. 77	456
Textile Workers Union of America c. Darlington Manufacturing Co.	380 U.S. 263 (1965)	523
Theophanous c. Herald & Weekly Times Ltd.	(1994), 124 A.L.R. 1	677
Thompson c. Masson	[1993] R.J.Q. 69	82
Toogood c. Spyring	(1834), 1 C.M. & R. 181, 149 E.R. 1044	659
Toronto Electric Commissioners c. Snider	[1925] A.C. 396	424
Toronto Professional Firefighters' Association c. Toronto (City)	(2007), 223 O.A.C. 146	623
Total Vision Enterprises Inc. c. 689720 B.C. Ltd.	2006 BCSC 639, [2006] B.C.J. No. 925 (QL)	103
Transport Rapide International DHL Ltée	(1994), 96 di 106	419, 462
Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Ménard	2007 QCCS 5704, [2008] R.J.D.T. 138	477, 508
Travailleurs unis des transports c. Central Western Railway Corp.	[1990] 3 R.C.S. 1112	433, 446
Tremaine c. A.H. Robins Canada Inc.	[1990] R.D.J. 500	82
Trinidad and Tobago c. Davis	2008 ABCA 275, 233 C.C.C. (3d) 435	581
« Truth » (N.Z.) Ltd. c. Holloway	[1960] 1 W.L.R. 997	691
Turcotte c. Montréal (Ville)	2003 QCCRT 545, [2003] D.C.R.T.Q. n° 545 (QL)	528
Turpin c. Collège d'enseignement général et professionnel de St-Laurent	(1988), 26 Q.A.C. 296	528
U		
UL Canada Inc. c. Québec (Procureur général)	[1999] R.J.Q. 1720	317
Union internationale des employés de commerce et Banque Nationale du Canada	(1981), 42 di 352	524
United Last Co. c. Tribunal du travail	[1973] R.D.T. 423	515
United States of America c. Earles	2003 BCCA 20, 171 C.C.C. (3d) 116.....	24
United States of America c. Gorceyca	2007 ONCA 76, 216 C.C.C. (3d) 403...	176, 200
United States of America c. Johnson	(2002), 62 O.R. (3d) 327	189
United States of America c. Kissel	2008 ONCA 208, 89 O.R. (3d) 481	176, 201
United States of America c. McDowell	(2004), 183 C.C.C. (3d) 149	9
United States of America c. Reumayr	2003 BCCA 375, 176 C.C.C. (3d) 377	176
United States of America c. Saad	(2004), 183 C.C.C. (3d) 97	191, 200
United States of America c. Whitley	(1994), 94 C.C.C. (3d) 99	201

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
V		
Vallée c. États-Unis d'Amérique	2006 QCCA 229 (CanLII)	14
Vena c. Montréal (Ville)	[2002] J.Q. n ^o 4807 (QL)	85
Victuni AG c. Ministre du Revenu du Québec	[1980] 1 R.C.S. 580	301
Voison c. Royal Insurance Co. of Canada	(1988), 66 O.R. (2d) 45	634
W		
Wacjman c. United States of America	(2002), 171 C.C.C. (3d) 134	14
Wang c. Metropolitan Life Insurance Co.	(2004), 242 D.L.R. (4th) 598	617
Wasauksing First Nation c. Wasausink Lands Inc.	(2004), 184 O.A.C. 84	728
Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton	2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534	107
Westinghouse Canada Ltd.	[1980] O.L.R.B. Rep. 577	524
WIC Radio Ltd. c. Simpson	2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420	656, 701
Wilson c. Toronto (Metropolitan) Police Service	[2001] O.J. No. 2434 (QL)	371
Winchester Division—Olin Corp. (Re)	[2004] T.C.C.E. n ^o 44 (QL)	315
Windsor Airline Limousine Services Ltd. and U.S.W.A.	(1999), 56 C.L.R.B.R. (2d) 70	441
Wyman c. Dominion of Canada General Insurance Co.	[1936] 2 D.L.R. 268	620
Y		
York Condominium Corp. No. 148 c. Singular Investments Ltd.	(1977), 16 O.R. (2d) 31	125
Young c. Toronto Star Newspapers Ltd.	(2003), 66 O.R. (3d) 170	661
Z		
Zenix Engineering Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée	2008 CAF 109, [2008] A.C.F. n ^o 497 (QL)	316

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A			
<i>Act respecting the Ministère du Revenu</i> , R.S.Q., c. M-31		<i>Constitution Act, 1867</i>	
s. 20	286	s. 92(10)(a)	407
<i>Act respecting the Québec sales tax</i> , R.S.Q., c. T-0.1		<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46	
s. 16	286	s. 172.1(1)(c)	551
s. 422	286	s. 495(1)(c)	566
		s. 591	146
		s. 650	389
		s. 686(1)(a)	26
		s. 686(1)(b)(iii)	26
		s. 786(2)	570
B			
<i>Bankruptcy and Insolvency Act</i> , R.S.C. 1985, c. B-3		E	
s. 67	286	<i>Excise Tax Act</i> , R.S.C. 1985, c. E-15	
		s. 165	286
		s. 221(1)	286
		s. 222	286
C			
<i>Canada Evidence Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-5		<i>Extradition Act</i> , S.C. 1999, c. 18	
s. 37	389	s. 29	170
s. 37.1	389	s. 32	3
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		s. 33	3
s. 23	208	s. 40	170
<i>Charter of the French language</i> , R.S.Q., c. C-11		s. 44	170
s. 73	208	s. 58	170
<i>Code of Civil Procedure</i> , R.S.Q., c. C-25		L	
art. 4.2	65, 131	<i>Labour Code</i> , R.S.Q., c. C-27	
art. 1003	65, 131	s. 15	465, 540
		s. 16	465, 540
		s. 17	465, 540

TRADE AGREEMENTS

	PAGE
<i>Agreement on Internal Trade</i> , (1995) 129 Can. Gaz. I, 1323	
art. 501	309
art. 502	309
art. 518	309

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18</i>	
art. 23	208	art. 29	170
<i>Charte de la langue française, L.R.Q., ch. C-11</i>		art. 32	3
art. 73	208	art. 33	3
<i>Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46</i>		art. 40	170
art. 1 72.1(1)c)	551	art. 44	170
art. 495(1)c)	566	art. 58	170
art. 591	146	<i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3</i>	
art. 650	389	art. 67	286
art. 686(1)a)	26	<i>Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5</i>	
art. 686(1)b)(iii)	26	art. 37	389
art. 786(2)	570	art. 3 7.1	389
<i>Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25</i>		<i>Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15</i>	
art. 4.2	65, 131	art. 165	286
art. 1003	65, 131	art. 221(1)	286
<i>Code du travail, L.R.Q., ch. C-27</i>		art. 222	286
art. 15	465, 540	<i>Loi sur la taxe de vente du Québec, L.R.Q., ch. T-0.1</i>	
art. 16	465, 540	art. 16	286
art. 17	465, 540	art. 422	286
L			
<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>		<i>Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., ch. M-31</i>	
art. 9 2(10)a)	407	art. 20	286

ACCORDS COMMERCIAUX

	PAGE
<i>Accord sur le commerce intérieur, (1995)</i> 129	
Gaz. Can. I, 1323	
art. 501	309
art. 502	309
art. 518	309

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Adams, George W. <i>Canadian Labour Law</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated March 2009, release 32).	504
American Law Institute. <i>Restatement (Third) of the Law Governing Lawyers</i> . St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 2000.	263
Anderson, David A. “Is Libel Law Worth Reforming?” (1991-1992), 140 <i>U. Pa. L. Rev.</i> 487.	701
Archibald, Todd L. “The Widening Net of Liability for Police and Public Officials in the Investigation of Crimes”, in Todd L. Archibald and Michael Cochrane, eds., <i>Annual Review of Civil Litigation, 2001</i> . Toronto: Carswell, 2002, 1.	370
Ashworth, Andrew. <i>Principles of Criminal Law</i> , 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.	562
Bankes, Nigel. “Co-operative Federalism: Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia” (1991), 29 <i>Alta. L. Rev.</i> 792.	317
Barton, P. G. “Why Limitation Periods in the Criminal Code?” (1998), 40 <i>Crim. L.Q.</i> 188.	600
Bastarache, Michel. « Introduction », dans Michel Bastarache, dir., <i>Les droits linguistiques au Canada</i> , 2 ^e éd. Traduit de l’anglais par Hugues Sirgent. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2004, 1.	227
Bastarache, Michel. “Introduction”, in Michel Bastarache, ed., <i>Language Rights in Canada</i> , 2nd ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2004, 1.	227
Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. <i>Les obligations</i> , 6 ^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005.	89
Beattie, Kate. “New Life for the <i>Reynolds</i> ‘Public Interest Defence’? <i>Jameel v Wall Street Journal Europe</i> ”, [2007] <i>E.H.R.L.R.</i> 81.	676
Bergevin, Michel. « L’opportunité et l’efficacité de la réintégration », dans Conférences commémoratives Meredith 1988, <i>Le Contrat de travail : problèmes et perspectives</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1989, 283.	533
Bergevin, Michel. “L’opportunité et l’efficacité de la réintégration”, in Meredith Memorial Lectures 1988, <i>New Developments in Employment Law</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1989, 283.	533
Boivin, Denis W. “Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation” (1997), 22 <i>Queen’s L.J.</i> 229.	667
Bonnington, Alistair J. “Reynolds Rides Again” (2006), 11 <i>Comms. L.</i> 147.	674
Brière, Jean-Yves, avec la collaboration de Jean-Pierre Villaggi. <i>Relations de travail</i> , vol. 1. Brossard, Qué. : Publications CCH, 1997 (feuilles mobiles mises à jour 2009, n ^o 307).	490

Brown, Raymond E. <i>The Law of Defamation in Canada</i> , vols. 2-4, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2008, release 3).	658
Browne, Gerald Peter. <i>Documents on the Confederation of British North America</i> . Toronto: McClelland and Stewart, 1969.	428
<i>Butterworths Medical Dictionary</i> , 2nd ed. London: Butterworths, 1978, "disease".	622
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. <i>Procès-verbaux et témoignages</i> , 1 ^{re} sess., 36 ^e lég., 20 octobre 1998 (en ligne : http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1038963&Mode=1&Parl=36&Ses=1&Language=F).	590
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. II, 3 ^e sess., 34 ^e lég., 19 juin 1991, p. 2106.	297
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. IV, 3 ^e sess., 34 ^e lég., 1 ^{er} novembre 1991, p. 4354.	298
Canada. Chambre des communes. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale</i> , fascicule n ^o 9, 5 septembre 1991, p. 9:5.	297
Canada. Chambre des communes. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale</i> , fascicule n ^o 10, 5 septembre 1991, p. 10:18.	298
Canada. Department of Justice. Public Prosecution Service. <i>The Federal Prosecution Service Deskbook</i> , Part V, c. 19, "Elections and Re-Elections", 2000 (update October 2005) (online: http://www.ppsc-sppc.gc.ca/eng/fps-sfp/fpd/ch19.html).	590
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. II, 3rd Sess., 34th Parl., June 19, 1991, p. 2106.	297
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. IV, 3rd Sess., 34th Parl., November 1, 1991, p. 4354.	298
Canada. House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations</i> , Issue No. 9, September 5, 1991, p. 9:5.	297
Canada. House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations</i> , Issue No. 10, September 5, 1991, p. 10:18.	298
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , 1st Sess., 36th Parl., October 20, 1998 (online: http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1038963&Mode=1&Parl=36&Ses=1&Language=E).	590
Canada. Législature. <i>Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord</i> , 3 ^e sess., 8 ^e parlement provincial du Canada. Québec : Hunter, Rose et Lemieux, 1865.	427
Canada. Ministère de la Justice. Service des poursuites pénales. <i>Guide du Service fédéral des poursuites</i> , partie V, ch. 19, « Le choix et le nouveau choix », 2000 (mise à jour octobre 2005) (en ligne : http://www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/sfp-fps/fpd/ch19.html).	590
Chamberland, Luc. « La règle de proportionnalité : à la recherche de l'équilibre entre les parties? », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 242, <i>La réforme du Code de procédure civile, trois ans plus tard</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2006, 1.	105
Clerk, John Frederic. <i>Clerk & Lindsell on Torts</i> , 19th ed. London: Sweet & Maxwell, 2006.	374
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 3 ^e éd. Montréal : Thémis, 1999.	529
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.	529

<i>Couch on Insurance</i> , 3rd ed. by Lee R. Russ and Thomas F. Segalla. Deerfield, Ill.: Clark Boardman Callaghan, 1995.	631
Coyne, H. E. B. <i>The Railway Law of Canada</i> . Toronto: Canada Law Book, 1947.	430
Crerar, David A. “The Restitutionary Class Action: Canadian Class Proceedings Legislation as a Vehicle for the Restitution of Unlawfully Demanded Payments, <i>Ultra Vires</i> Taxes, and Other Unjust Enrichments” (1998), 56 <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 47.	119
David. Éric McDevitt. « La règle de proportionnalité de l’article 4.2 C.p.c. en matière de recours collectif — Premières interprétations jurisprudentielles », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, <i>Développements récents en recours collectifs</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2007, 315.	103
Delaney-Beausoleil, Kathleen. « Le recours collectif », dans Denis Ferland et Benoît Emery, dir., <i>Précis de procédure civile du Québec</i> , 4 ^e éd., vol. 2. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.	112
Dennis, Craig P. “Proportionality: A More Effective Tool”. Paper prepared for the Continuing Legal Education Society of British Columbia conference entitled “Rule 68” held September 29, 2005 (online: http://www.bcjusticereview.org/working_groups/civil_justice/cle_paper_09_29_05.pdf).	102
Durnford, John W. “Some Aspects of the Suspension and of the Starting Point of Prescription”, [1963] <i>Thémis</i> 245.	90
England. Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales. <i>Access to Justice</i> . London: The Stationery Office, 1996.	102
Faribault, Paul. <i>Les recours de contrôle judiciaire</i> , vol. 1. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2001.	113
Ferland, Denis, et Benoît Emery. <i>Précis de procédure civile du Québec</i> , vol. 1, 4 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.	241
Finn, P. D. <i>Fiduciary Obligations</i> . Sydney: Law Book Co., 1977.	281
Finn, Shaun. “In a Class All its Own: The Advent of the Modern Class Action and its Changing Legal and Social Mission” (2005), 2 <i>Can. Class Action Rev./Rev. can. recours collectifs</i> 333.	105
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998.	367
Fraser, I. H. “Some Comments on Subsection 92(10) of the <i>Constitution Act, 1867</i> ” (1984), 29 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 557.	432
Gagnon, Robert P. <i>Le droit du travail du Québec</i> , 5 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.	498
Gagnon, Robert P. <i>Le droit du travail du Québec</i> , 6 ^e éd. Mis à jour par Langlois Kronström Desjardins sous la direction de Yann Bernard, André Sasseville et Bernard Cliche. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.	490
Gatley on Libel and Slander, 11th ed. by Patrick Milmo and W. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 2008.	685
Grant, Stephen M., and Linda R. Rothstein. <i>Lawyers’ Professional Liability</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1998.	262
Hall, Geoff R. <i>Canadian Contractual Interpretation Law</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.	619
Hétu, Jean, et Yvon Duplessis. <i>Droit municipal — Principes généraux et contentieux</i> , 2 ^e éd., vol. 1. Brossard, Qué. : Publications CCH, 2002 (feuilles mobiles mises à jour 2009, envoi 12).	90
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 1, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.	426
Hooper, David. “The Importance of the Jameel Case”, [2007] <i>Ent. L.R.</i> 62.	674

Howard, Colin. <i>Howard's Criminal Law</i> , 5th ed. by Brent Fisse. North Ryde, N.S.W.: Law Book Co., 1990.	564
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 May 2009, release No. 8).	398
Ivamy, E. R. Hardy. <i>General Principles of Insurance Law</i> , 6th ed. London: Butterworths, 1993.	619
<i>Jackson & Powell on Professional Liability</i> , 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.	265
Jutras, Daniel. « À propos de l'opportunité du recours collectif », dans <i>Colloque sur les recours collectifs</i> . Montréal : Association du Barreau canadien — Division Québec, 2007, 7.	103
Kennedy, W. P. M. <i>Documents of the Canadian Constitution 1759-1915</i> . Toronto: Oxford University Press, 1918.	427
Kennett, Steven A. "Jurisdictional Uncertainty and Pipelines: Is a Judicial Solution Possible?" (1997), 35 <i>Alta. L. Rev.</i> 553.	419
Kenyon, Andrew T. "Lange and Reynolds Qualified Privilege: Australian and English Defamation Law and Practice" (2004), 28 <i>Melb. U.L. Rev.</i> 406.	670
L'Heureux, Jacques. « La fiscalité locale québécoise peut-elle remplir ses promesses? », dans Rapport général de synthèse du Colloque de l'Association québécoise de droit comparé, <i>Dans la foulée des réformes municipales</i> , le 20 avril 2001 (en ligne : http://www.aqdc.qc.ca/colloque_2001_04_20/J.L'Heureux.htm).	94
La Forest, Anne Warner. <i>La Forest's Extradition to and from Canada</i> , 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.	186
Labour Law Casebook Group. <i>Labour and Employment Law: Cases, Materials, and Commentary</i> , 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2004.	424
Latendresse, Anne. « La réforme municipale et la participation publique aux affaires urbaines montréalaises : Rupture ou continuité », dans Bernard Jouve et Philip Booth, dir., <i>Démocraties métropolitaines : Transformations de l'État et politiques urbaines au Canada, en France et en Grande-Bretagne</i> . Sainte-Foy : Presses de l'Université du Québec, 2004, 155.	94
Law Society of British Columbia. <i>Professional Conduct Handbook</i> . The Society, 1993.	262
Lluelles, Didier, et Benoît Moore. <i>Droit des obligations</i> . Montréal : Thémis, 2006.	531
<i>MacGillivray on Insurance Law</i> , 10th ed. by Nicholas Legh-Jones. London: Sweet and Maxwell, 2003.	619
<i>Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law</i> , 4th ed. by Morris Manning and Peter Sankoff. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.	579
Martineau, Pierre. <i>La prescription</i> . Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 1977.	90
McNairn, Colin H. "Transportation, Communication and the Constitution: The Scope of Federal Jurisdiction" (1969), 47 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 355.	429
Milton, John. <i>Paradise Lost</i> . Edinburgh: A. Donaldson, 1767.	615
Morin, Fernand, Jean-Yves Brière et Dominic Roux. <i>Le droit de l'emploi au Québec</i> , 3 ^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2006.	512
Morissette, Yves-Marie. « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile : état provisoire des questions » (2009), 50 <i>C. de D.</i> 381.	92
New South Wales. Law Reform Commission. Report 75. <i>Defamation</i> , September 1995 (online: http://www.lawlink.nsw.gov.au/lrc.nsf/pages/R75CHP3).	702

Norwood, David, and John P. Weir. <i>Norwood on Life Insurance Law in Canada</i> , 3rd ed. Toronto: Carswell, 2002.	619
Nouvelle-Galles du Sud. Law Reform Commission. Report 75. <i>Defamation</i> , September 1995 (online : http://www.lawlink.nsw.gov.au/lrc.nsf/pages/R75CHP3).	702
Ontario. <i>Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions</i> . Toronto: The Committee, 1993.	372
Osborne, Philip H. <i>The Law of Torts</i> , 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2007.	367
Pearson, John. "Proulx and Reasonable and Probable Cause to Prosecute" (2002), 46 C.R. (5th) 156.	370
Pépin, Gilles, et Yvon Ouellette. <i>Principes de contentieux administratif</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1982.	142
Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. <i>Théorie des obligations</i> , 4 ^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal : Éditions Thémis, 2001.	119
Power, Mark, and Pierre Foucher. "Language Rights and Education", in Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005, 1095.	227
Power, Mark, et Pierre Foucher. « Language Rights and Education », dans Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes, dir., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 4 ^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2005, 1095.	228
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats de la Commission permanente de l'économie et du travail</i> , vol. 37, n ^o 22, 2 ^e sess., 36 ^e lég., 29 mai 2001.	499
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats de la Commission permanente de l'économie et du travail</i> , vol. 37, n ^o 32, 2 ^e sess., 36 ^e lég., 18 juin 2001.	537
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> , vol. 37, n ^o 31, 2 ^e sess., 36 ^e lég., 1 ^{er} juin 2001, p. 1818. ...	94
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> , vol. 37, n ^o 110, 2 ^e sess., 36 ^e lég., 6 juin 2002, p. 6666. ..	100
Québec. Assemblée législative. <i>Résolutions relatives à l'union proposée des provinces de l'Amérique britannique du Nord</i> , 2 ^e sess., 8 ^e parl. Québec : Hunter, Rose et Lemieux, 1865.	428
Québec. Ministère de la Justice. Comité de révision de la procédure civile. <i>La révision de la procédure civile : une nouvelle culture judiciaire</i> . Sainte-Foy : Le Comité, 2001.	99
Québec. Office québécois de la langue française. <i>Rapport sur l'évolution de la situation linguistique au Québec, 2002-2007</i> . Montréal : Office québécois de la langue française, 2008.	236
Robert Brakel & Associates Ltd. <i>Value-Added Taxation in Canada: GST, HST, and QST</i> , 2nd ed. Toronto: CCH Canadian, 2003.	295
Rousseau, Gilles. « Le recours en cassation dans le contentieux municipal » (1980), 21 <i>C. de D.</i> 715.	85
Sancton, Andrew. "Municipal Mergers and Demergers in Quebec and Ontario", paper prepared for the Annual Meeting of the Canadian Political Science Association, York University, June 1, 2006 (online: http://www.cpsa-acsp.ca/papers-2006/Sancton.pdf).	118
Scales, Adam F. "Man, God and the Serbonian Bog: The Evolution of Accidental Death Insurance" (2000-2001), 86 <i>Iowa L. Rev.</i> 173.	624
Scott, Austin W. "The Fiduciary Principle" (1949), 37 <i>Cal. L. Rev.</i> 539.	281
Smith, Lionel. "Fiduciary Relationships — Arising in Commercial Contexts — Investment Advisors: <i>Hodgkinson v. Simms</i> " (1995), 74 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 714.	280

Smolla, Rodney A. "Balancing Freedom of Expression and Protection of Reputation Under Canada's Charter of Rights and Freedoms", in David Schneiderman, ed., <i>Freedom of Expression and the Charter</i> . Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991, 272.	658
Sopinka, John. "Malicious Prosecution: Invasion of Charter Interests: Remedies: <i>Nelles v. Ontario: R. v. Jedyack: R. v. Simpson</i> " (1995), 74 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 366.	373
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson Carswell, 2007.	564
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 5th ed. Markham, Ont.: Lexis-Nexis, 2008.	47, 300
Summers, Clyde. "Labor Law in the Supreme Court: 1964 Term" (1965-1966), 75 <i>Yale L.J.</i> 59.	523
Swinton, Katherine. "Law, Politics, and the Enforcement of the Agreement on Internal Trade", in Michael J. Trebilcock and Daniel Schwanen, eds., <i>Getting There: An Assessment of the Agreement on Internal Trade</i> . Toronto: C.D. Howe Institute, 1995, 196.	317
Verge, Pierre, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée. <i>Le droit du travail par ses sources</i> . Montréal : Thémis, 2006.	511
Watt, David. <i>Watt's Manual of Criminal Evidence</i> . Carswell: Toronto, 2009.	163
Watt, David. <i>Watt's Manual of Criminal Jury Instructions</i> . Toronto: Thomson/Carswell, 2005.	40
Weaver, Russell L., et al. "Defamation Law and Free Speech: <i>Reynolds v. Times Newspapers</i> and the English Media" (2004), 37 <i>Vand. J. Transnat'l L.</i> 1255.	674
Weinrib, Ernest J. "The Fiduciary Obligation" (1975), 25 <i>U.T.L.J.</i> 1.	277
Welford, A. W. Baker. <i>The Law Relating to Accident Insurance</i> , 2nd ed. London: Butterworths, 1932.	614
Whyte, John D. "Constitutional Aspects of Economic Development Policy", in <i>Division of Powers and Public Policy</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1985, 29.	429
Whyte, John D. « Les dimensions constitutionnelles des mesures d'expansion économique », dans <i>Le partage des pouvoirs et la politique d'État</i> . Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1985, 31.	429

Craig Bartholomew Legare *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario and Beyond
Borders Inc.** *Intervenors*

INDEXED AS: **R. v. LEGARE**

Neutral citation: **2009 SCC 56.**

File No.: 32829.

2009: October 15; 2009: December 3.

Present: Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron, Rothstein
and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Criminal law — Sexual offences — Luring a child — Elements of offence — Man communicating by computer with 12-year-old girl who had said she was 13 — Communication indicating desire of both parties to engage in explicit sexual activity — Telephone contact made and coarse and explicit language used — Accused charged with “luring a child” and acquitted at trial — Whether trial judge misapprehended essential elements of offence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 172.1(1)(c).

A 32-year-old Alberta man, who had claimed online to be 17, engaged in two private online “chats” with the complainant, a 12-year-old Ontario girl. Both private chats were sexual in nature, and the second included words uttered by both parties indicating a desire to engage in explicit sexual activity with one another. During this second chat, the accused asked the complainant to e-mail her photo to him. She made two attempts, both in vain. Later, the accused inquired about her age — “and u r 14”. The complainant replied that she was 13. The complainant gave the accused her phone number; he, in turn, gave her his postal address. The accused told the complainant that he would call her to “talk dirty”. He called immediately afterward and,

Craig Bartholomew Legare *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l’Ontario et Au-delà des
frontières inc.** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. LEGARE**

Référence neutre : **2009 CSC 56.**

N° du greffe : 32829.

2009 : 15 octobre; 2009 : 3 décembre.

Présents : Les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella,
Charron, Rothstein et Cromwell.

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

Droit criminel — Infractions d’ordre sexuel — Leurre — Éléments de l’infraction — Communication par ordinateur d’un homme avec une enfant de 12 ans ayant affirmé en avoir 13 — Communication témoignant du désir des deux parties de se livrer à une activité au caractère sexuel explicite — Appel téléphonique et emploi de termes crus et explicites — Acquiescement de l’accusé au procès sur un chef de « leurre » — Le juge de première instance a-t-il mal interprété les éléments essentiels de l’infraction? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 172.1(1)(c).

Un Albertain de 32 ans, qui avait prétendu être âgé de 17 ans dans ses communications électroniques, a participé à deux « clavardages » privés avec la plaignante, une enfant de 12 ans résidant en Ontario. Les deux séances de clavardage privé revêtaient un caractère sexuel, et lors de la seconde séance, les deux interlocuteurs ont employé des mots témoignant d’un désir de se livrer l’un avec l’autre à une activité au caractère sexuel explicite. Durant cette deuxième séance de clavardage, l’accusé a demandé à la plaignante de lui transmettre sa photo par courrier électronique. Elle a essayé en vain à deux reprises. Par la suite, l’accusé lui a demandé son âge — « ta 14 ans? ». La plaignante a répondu qu’elle avait 13 ans. La plaignante a donné à

in the second of two conversations, told the complainant — in coarse and explicit language — that he “would love” to perform oral sex on her. The complainant hung up and there were no further calls. The accused was subsequently arrested and charged, *inter alia*, with one count of “luring a child” contrary to s. 172.1(1)(c) of the *Criminal Code*. At trial, the accused was acquitted, but the Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial, finding that the trial judge misdirected himself as to the essential elements of the offence.

Held: The appeal should be dismissed.

The trial judge, in acquitting the accused, adopted an unduly restrictive construction of s. 172.1(1)(c) of the *Criminal Code* and misapprehended the essential elements of the offence. Section 172.1(1)(c) creates an inchoate offence consisting of three elements: (1) an intentional communication by computer; (2) with a person whom the accused knows or believes to be under 14 years of age; (3) for the specific purpose of facilitating the commission of a specified secondary offence with respect to the underage person. The focus of s. 172.1 is on the accused’s intention at the time of communication by computer and that intention must be determined subjectively. While sexually explicit comments may suffice to establish the criminal purpose of the accused, the content of the communication is not necessarily determinative. The offender need not meet or intend to meet the victim with a view to committing any of the specified secondary offences. “Facilitating”, in this context, includes helping to bring about and making easier or more probable. Finally, it is neither necessary nor particularly helpful to recast the elements of the offence in terms of the *actus reus* or *mens rea* components. In this unusual context, determining whether each of the essential elements of the offence constitutes all or part of the *actus reus* or *mens rea* of s. 172.1(1)(c) is of no assistance in reaching the appropriate verdict. More particularly, forcibly compartmentalizing the underage requirement of s. 172.1(1)(c) — “a person who is, or who the accused believes is, under the age of fourteen years” — as either part of the *actus reus* or part of the *mens rea*, may well introduce an element of confusion in respect of both concepts. [3] [6] [25] [28-29] [31-32] [36] [38-39] [42] [44]

l’accusé son numéro de téléphone; en échange, il lui a donné son adresse postale. L’accusé a dit à la plaignante qu’il lui téléphonerait pour « parler de choses cochonnes ». Il l’a appelée tout de suite après et, lors d’une seconde et dernière conversation, il lui a dit — en termes crus et explicites — qu’il « adorerait » pratiquer le sexe oral sur elle. La plaignante a raccroché et il ne l’a plus rappelée. L’accusé a par la suite été arrêté et inculpé, notamment, d’un chef de « leurre », une infraction prévue à l’al. 172.1(1)(c) du *Code criminel*. L’accusé a été acquitté au procès, mais la Cour d’appel a annulé son acquittement et a ordonné la tenue d’un nouveau procès, concluant que le juge de première instance avait fait une erreur sur les éléments essentiels de l’infraction.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le juge de première instance a acquitté l’accusé en adoptant une interprétation exagérément restrictive de l’al. 172.1(1)(c) du *Code criminel*, qui a faussé sa compréhension des éléments essentiels de l’infraction. L’alinéa 172.1(1)(c) crée une infraction inchoative qui comporte trois éléments : (1) une communication intentionnelle au moyen d’un ordinateur; (2) avec une personne dont l’accusé sait ou croit qu’elle est âgée de moins de 14 ans; (3) dans le dessein précis de faciliter la perpétration à son égard d’une infraction sous-jacente énumérée. L’article 172.1 met l’accent sur l’intention de l’accusé lors de la communication au moyen d’un ordinateur et cette intention doit être établie subjectivement. Bien que des propos sexuellement explicites puissent suffire à prouver l’intention criminelle de l’accusé, le contenu de la communication n’est pas nécessairement déterminant. Il n’est pas nécessaire que le délinquant rencontre ou ait l’intention de rencontrer la victime en vue de perpétrer une des infractions sous-jacentes énumérées. Dans ce contexte, « faciliter » s’entend notamment du fait d’aider à provoquer la perpétration et de la rendre plus facile ou plus probable. Enfin, il n’est ni nécessaire ni particulièrement utile de reformuler les éléments de l’infraction selon les notions d’*actus reus* ou de *mens rea*. Dans ce contexte inhabituel, il n’est d’aucune utilité, pour rendre le verdict qui convient, de déterminer si chacun des éléments essentiels de l’infraction correspond en tout ou en partie à l’*actus reus* ou à la *mens rea* qu’exige l’al. 172.1(1)(c). Plus particulièrement, en qualifiant arbitrairement l’exigence de l’al. 172.1(1)(c) quant à l’âge — « une personne âgée de moins de quatorze ans ou [que l’accusé] croit telle » — d’élément matériel ou d’élément moral, on risque même d’introduire un élément de confusion en ce qui concerne les deux concepts. [3] [6] [25] [28-29] [31-32] [36] [38-39] [42] [44]

Finally, it is neither necessary nor necessarily sufficient for the impugned acts of the accused to be objectively capable of facilitating the commission of the specified secondary offence with respect to the underage person concerned. What matters is whether the evidence as a whole establishes beyond a reasonable doubt that the accused communicated by computer with an underage person for the purpose of facilitating the commission of a specified secondary offence in respect of that person. [42]

Cases Cited

Applied: *R. v. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 246 C.C.C. (3d) 1; **referred to:** *R. v. Pengelley*, [2009] O.J. No. 1682 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 151, 152, 172.1.

Authors Cited

Ashworth, Andrew. *Principles of Criminal Law*, 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
Howard, Colin. *Howard's Criminal Law*, 5th ed. by Brent Fisse. North Ryde, N.S.W.: Law Book Co., 1990.
Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson Carswell, 2007.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (McFadyen, Martin and Watson J.J.A.), 2008 ABCA 138, 89 Alta. L.R. (4th) 1, 429 A.R. 271, 421 W.A.C. 271, [2008] 10 W.W.R. 90, 236 C.C.C. (3d) 380, 58 C.R. (6th) 155, [2008] A.J. No. 373 (QL), 2008 CarswellAlta 448, allowing in part the Crown's appeal from a judgment of Agrios J., 2006 ABQB 248, 395 A.R. 171, 208 C.C.C. (3d) 216, [2006] A.J. No. 371 (QL), 2006 CarswellAlta 407, acquitting the accused of invitation to sexual touching and of luring a child. Appeal dismissed.

Laura K. Stevens, Q.C., and *Sarah DeSouza*, for the appellant.

James C. Robb, Q.C., for the respondent.

James C. Martin, for the intervener the Attorney General of Canada.

Deborah Calderwood and *Lisa Joyal*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Pour terminer, il n'est ni nécessaire ni nécessairement suffisant que les actes reprochés à l'accusé soient objectivement susceptibles de faciliter la perpétration de l'infraction énumérée à l'égard de la personne concernée qui n'a pas atteint l'âge fixé. Ce qui importe, c'est de déterminer si la preuve dans son ensemble établit hors de tout doute raisonnable que l'accusé a communiqué au moyen d'un ordinateur avec une personne qui n'a pas atteint l'âge fixé en vue de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction sexuelle énumérée. [42]

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 246 C.C.C. (3d) 1; **arrêt mentionné :** *R. c. Pengelley*, [2009] O.J. No. 1682 (QL).

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 151, 152, 172.1.

Doctrine citée

Ashworth, Andrew. *Principles of Criminal Law*, 6th ed. Oxford : Oxford University Press, 2009.
Howard, Colin. *Howard's Criminal Law*, 5th ed. by Brent Fisse. North Ryde, N.S.W. : Law Book Co., 1990.
Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 5th ed. Scarborough, Ont. : Thomson Carswell, 2007.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges McFadyen, Martin et Watson), 2008 ABCA 138, 89 Alta. L.R. (4th) 1, 429 A.R. 271, 421 W.A.C. 271, [2008] 10 W.W.R. 90, 236 C.C.C. (3d) 380, 58 C.R. (6th) 155, [2008] A.J. No. 373 (QL), 2008 CarswellAlta 448, qui a accueilli en partie l'appel du ministère public contre un jugement du juge Agrios, 2006 ABQB 248, 395 A.R. 171, 208 C.C.C. (3d) 216, [2006] A.J. No. 371 (QL), 2006 CarswellAlta 407, acquittant l'accusé d'incitation à des contacts sexuels et de leurre. Pourvoi rejeté.

Laura K. Stevens, c.r., et *Sarah DeSouza*, pour l'appellant.

James C. Robb, c.r., pour l'intimée.

James C. Martin, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Deborah Calderwood et *Lisa Joyal*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Mark Erik Hecht, Nicole Merrick and Jonathan Rosenthal, for the intervener Beyond Borders Inc.

The judgment of the Court was delivered by

FISH J. —

I

[1] The Internet is an open door to knowledge, entertainment, communication — *and exploitation*.

[2] We are concerned on this appeal with legislation adopted by Parliament to shut that door on predatory adults who, generally for a sexual purpose, troll the Internet for vulnerable children and adolescents. Shielded by the anonymity of an assumed online name and profile, they aspire to gain the trust of their targeted victims through computer “chats” — and then to tempt or entice them into sexual activity, over the Internet or, still worse, in person.

[3] Our concern, more particularly, is with s. 172.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which prohibits the use of computers to communicate with underage persons “for the purpose of facilitating the commission” of a specified (or secondary) offence. And, more particularly still, our concern is with s. 172.1(1)(c),* which consists of three elements: (1) an intentional communication by computer; (2) with a person whom the accused knows or believes to be under 14 years of age; (3) for the specific purpose of facilitating the commission of a specified secondary offence — that is, abduction or one of the sexual offences mentioned in s. 172.1(1)(c) with respect to that person. Included among them is “Invitation to sexual touching”, a crime under s. 152 of the *Code*.

* Here and throughout my reference is to s. 172.1(1)(c) as it read at the time of trial. It has since been renumbered as 172.1(1)(b) and amended to raise the under-age requirement to 16 years from 14.

Mark Erik Hecht, Nicole Merrick et Jonathan Rosenthal, pour l’intervenante Au-delà des frontières inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] L’Internet est une porte ouverte sur la connaissance, le divertissement, la communication — *et l’exploitation*.

[2] Le pourvoi porte sur des dispositions adoptées par le législateur afin de fermer cette porte aux prédateurs adultes qui sillonnent Internet à la recherche d’enfants et d’adolescents vulnérables, en général dans un but sexuel. Protégés par l’anonymat d’un nom et d’un profil d’emprunt, ils espèrent gagner la confiance de leurs proies par des « clavardages » — pour ensuite essayer de les amener, par la séduction ou la ruse, à se livrer à des activités sexuelles sur Internet ou, pire encore, en personne.

[3] Il est ici question, plus précisément, de l’art. 172.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui interdit de communiquer au moyen d’un ordinateur avec des personnes qui n’ont pas atteint l’âge fixé « en vue de faciliter la perpétration » d’infractions sous-jacentes énumérées. Et encore plus précisément, de l’al. 172.1(1)c)*, qui comporte trois éléments : (1) une communication intentionnelle au moyen d’un ordinateur; (2) avec une personne dont l’accusé sait ou croit qu’elle est âgée de moins de 14 ans; (3) dans le dessein précis de faciliter la perpétration à son égard d’une infraction sous-jacente énumérée — soit l’enlèvement ou l’une des infractions d’ordre sexuel mentionnées à l’al. 172.1(1)c). Parmi ces infractions figure l’« incitation à des contacts sexuels », prévue par l’art. 152 du *Code*.

* Ici et dans la suite des motifs, il s’agit de l’al. 172.1(1)c) tel qu’il était libellé au moment du procès. Cette disposition est devenue depuis l’al. 172.1(1)b), et la limite d’âge est passée de 14 ans à 16 ans.

[4] The appellant was tried and acquitted on two counts in the Court of Queen's Bench of Alberta (2006 ABQB 248, 395 A.R. 171). The first count alleged an offence under s. 152, the second, an offence under s. 172.1(1)(c). The appellant's acquittal on the first count was affirmed by the Court of Appeal (2008 ABCA 138, 89 Alta. L.R. (4th) 1) and is not in issue before us. This appeal relates only to the second count, laid under s. 172.1(1)(c).

[5] I would dismiss the appeal.

[6] In my respectful view, the trial judge, in acquitting the appellant on the second count, adopted an unduly restrictive construction of s. 172.1(1)(c) and, in the result, misapprehended the essential elements of the offence. Like the Court of Appeal, I would therefore set aside the appellant's acquittal and order a new trial on that count.

II

[7] Since a new trial will be had, a brief overview of the facts will necessarily suffice.

[8] On April 28, 2003, the appellant, Craig Bartholomew Legare, engaged in two private online "chats" with the complainant, who was 12 years old at the time. Mr. Legare, 32, claimed to be 17. He was then in Alberta, and the complainant was in Ontario. They first "met" in a public chat forum but moved "fairly quickly" from a public to a private chat. These initial exchanges were not recorded; Mr. Legare admits, however, that the private chat was sexual in nature.

[9] The second private chat began shortly after the first. It was recorded and a transcript was entered in evidence at trial. According to the Agreed Statement of Facts, "[t]he conversation [was] almost entirely sexual and include[d] words uttered by both parties indicating a desire to engage in explicit sexual activity with [one another]".

[4] L'appelant a subi son procès relativement à deux chefs d'accusation devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (2006 ABQB 248, 395 A.R. 171), qui l'a acquitté. Le premier chef correspondait à une infraction prévue à l'art. 152, le second, à l'al. 172.1(1)c). L'acquittement sur le premier chef a été confirmé par la Cour d'appel (2008 ABCA 138, 89 Alta L.R. (4th) 1) et nous n'en sommes pas saisis. Le pourvoi concerne uniquement le second chef, fondé sur l'al. 172.1(1)c).

[5] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

[6] À mon avis, le juge de première instance a acquitté l'appelant sur le second chef en adoptant une interprétation exagérément restrictive de l'al. 172.1(1)c), qui a faussé sa compréhension des éléments essentiels de l'infraction. Comme la Cour d'appel, je suis donc d'avis d'annuler l'acquittement de l'appelant et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement à ce chef d'accusation.

II

[7] Puisqu'un nouveau procès sera tenu, il suffit de résumer brièvement les faits.

[8] Le 28 avril 2003, l'appelant, Craig Bartholomew Legare, a participé à deux « clavardages » privés avec la plaignante, âgée de 12 ans à l'époque. Monsieur Legare, qui avait 32 ans, a prétendu en avoir 17. Il se trouvait alors en Alberta, tandis que la plaignante était en Ontario. Ils « ont fait connaissance » dans un forum de clavardage public, mais sont passés [TRADUCTION] « assez rapidement » à un clavardoir privé. Ces échanges initiaux n'ont pas été enregistrés; M. Legare reconnaît cependant le caractère sexuel de cette première séance de clavardage privé.

[9] La deuxième séance de clavardage privé a débuté peu après la première. Elle a été enregistrée, et une transcription a été produite en preuve lors du procès. Selon l'exposé conjoint des faits, [TRADUCTION] « [l]a conversation a eu un caractère presque exclusivement sexuel, et les deux interlocuteurs ont employé des mots témoignant d'un désir de se livrer [l'un] avec l'autre à une activité au caractère sexuel explicite ».

[10] Again during this second chat, Mr. Legare asked the complainant to e-mail her photo to him. She made two attempts, both in vain. Later, Mr. Legare inquired about the complainant's age: "and u r 14", he wrote. The complainant replied that she was 13; as mentioned earlier, she was in fact 12.

[11] Mr. Legare may have been dismayed, but he was not deterred. The complainant gave Mr. Legare her phone number; he, in turn, gave the complainant his postal address. Mr. Legare told the complainant that he would call her to "talk dirty". And he was true to his word. He called immediately afterward and, in the second of two conversations, told the complainant — in coarse and explicit language — that he "would love" to perform oral sex on her. The complainant hung up and there were no further calls.

[12] The complainant's father was alerted by the complainant's older sister, who had answered Mr. Legare's first call. The police were notified and a transcript of the second chat was eventually retrieved.

[13] On January 4, 2005, nearly two years after the chat sessions, Mr. Legare was arrested and his computer was seized. No child pornography or record of other incriminating communications was found. Mr. Legare was charged with one count of invitation to sexual touching, contrary to s. 152 of the *Criminal Code*, and one count of luring a child, contrary to s. 172.1(1)(c).

III

[14] Mr. Legare's trial proceeded on an Agreed Statement of Facts and a transcript of the second online chat. No witnesses were called. In addition to the facts I have already set out, the Agreed Statement includes these two paragraphs:

17. . . . It is not admitted by the accused, however, that he intended to commit a sexual offence with the

[10] Toujours durant cette deuxième séance de clavardage, M. Legare a demandé à la plaignante de lui transmettre sa photo par courrier électronique. Elle a essayé en vain à deux reprises. Par la suite, M. Legare a demandé à la plaignante son âge, en tapant : [TRADUCTION] « ta 14 ans? ». La plaignante a répondu qu'elle avait 13 ans; en réalité, elle en avait 12, comme je l'ai indiqué.

[11] M. Legare était peut-être déconcerté, mais cela ne l'a pas découragé. La plaignante lui a donné son numéro de téléphone; en échange, il lui a donné son adresse postale. M. Legare a dit à la plaignante qu'il lui téléphonerait pour [TRADUCTION] « parler de choses cochonnes ». Et il a tenu parole. Il l'a appelée tout de suite après et, lors d'une seconde et dernière conversation, il lui a dit — en termes crus et explicites — qu'il [TRADUCTION] « adorerait » pratiquer le sexe oral sur elle. La plaignante a raccroché, et il ne l'a plus rappelée.

[12] Le père de la plaignante a été alerté par la sœur aînée de celle-ci, qui avait répondu au téléphone lors du premier appel de M. Legare. La police a été prévenue et une transcription de la seconde séance de clavardage a plus tard été extraite de l'ordinateur.

[13] Le 4 janvier 2005, soit près de deux ans après les séances de clavardage, M. Legare a été arrêté et son ordinateur a été saisi. On n'y a trouvé ni pornographie juvénile ni enregistrement d'autres communications incriminantes. M. Legare a été inculpé d'un chef d'incitation à des contacts sexuels, une infraction prévue à l'art. 152 du *Code criminel*, et d'un chef de leurre, une infraction prévue à l'al. 172.1(1)c).

III

[14] La preuve au procès de M. Legare se limitait à un exposé conjoint des faits et à la transcription de la deuxième séance de clavardage. Aucun témoin n'a été cité. Outre les faits que j'ai déjà décrits, l'exposé conjoint comporte les deux paragraphes suivants :

[TRADUCTION]

17. . . . L'accusé n'admet pas, cependant, qu'il avait l'intention de perpétrer une infraction d'ordre sexuel

complainant nor that he intended to facilitate the commission of a sexual offence with the complainant.

24. The accused did not make any efforts to meet the complainant nor did he intend to do so.

[15] The trial judge characterized Mr. Legare's conduct as "both despicable and repugnant" (para. 1), but found that it was not caught by either count. As mentioned earlier, only the second count, under s. 172.1(1)(c) of the *Code*, concerns us here. In its relevant part, that count alleges that Mr. Legare did "by means of a computer system, communicate with a person who was . . . under the age of fourteen years, for the purpose of facilitating the commission of an offence under section 151 or 152 with respect to that person".

[16] Sections 151 and 152 of the *Code*, at the relevant time, provided as follows:

151. Every person who, for a sexual purpose, touches, directly or indirectly, with a part of the body or with an object, any part of the body of a person under the age of fourteen years is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

152. Every person who, for a sexual purpose, invites, counsels or incites a person under the age of fourteen years to touch, directly or indirectly, with a part of the body or with an object, the body of any person, including the body of the person who so invites, counsels or incites and the body of the person under the age of fourteen years, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

[17] The trial judge analysed both the *actus reus*, or prohibited act, and *mens rea*, or culpable intent, that in his mind together constitute the essential elements of s. 172.1(1)(c).

[18] With respect to the *actus reus*, the trial judge held that the Crown was bound — but had

à l'égard de la plaignante ni qu'il avait l'intention de faciliter la perpétration d'une infraction d'ordre sexuel à l'égard de la plaignante.

24. L'accusé n'a fait aucune tentative pour rencontrer la plaignante et il n'en avait pas l'intention.

[15] Le juge de première instance a estimé que la conduite de M. Legare était [TRADUCTION] « à la fois ignoble et répugnante » (par. 1), mais il a conclu qu'elle n'était visée par aucun des chefs d'accusation. Comme je l'ai signalé, nous sommes uniquement saisis, en l'espèce, du second chef, fondé sur l'al. 172.1(1)(c) du *Code*. Aux termes de la partie pertinente de ce chef d'accusation, M. Legare aurait [TRADUCTION] « communiqué au moyen d'un ordinateur avec une personne âgée de moins de quatorze ans, [. . .] en vue de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction visée aux articles 151 ou 152 ».

[16] Les articles 151 et 152 du *Code*, à l'époque pertinente, étaient ainsi rédigés :

151. Est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire toute personne qui, à des fins d'ordre sexuel, touche, directement ou indirectement, avec une partie de son corps ou avec un objet, une partie du corps d'un enfant âgé de moins de quatorze ans.

152. Est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, toute personne qui, à des fins d'ordre sexuel, invite, engage ou incite un enfant âgé de moins de quatorze ans à la toucher, à se toucher ou à toucher un tiers, directement ou indirectement, avec une partie du corps ou avec un objet.

[17] Le juge de première instance a analysé à la fois l'*actus reus*, ou l'acte illicite, et la *mens rea*, ou l'intention coupable, qui constituent ensemble, selon lui, les éléments essentiels de l'al. 172.1(1)(c).

[18] Quant à l'*actus reus*, le juge de première instance a conclu que le ministère public devait — mais

failed — to establish that Mr. Legare’s conduct facilitated the commission of one of the specified secondary offences.

[19] And with respect to the *mens rea*, the trial judge accepted defence counsel’s submission that the phrase “for the purpose of facilitating the commission of an offence” requires an intention to lure for the specific purpose contemplated by s. 172.1(1)(c). The judge recognized that the Crown was not required to prove that the accused intended to carry out the specified secondary offence. He concluded, however, that the accused must be shown to have intended to lure a child *for that purpose*. Mr. Legare did not arrange a meeting with the complainant; nor did he intend to do so. His intention to “talk dirty” was insufficient. In the trial judge’s words (at para. 22):

The Crown need not prove the accused actually intended to carry out the enumerated secondary offence, but the Crown does need to prove the accused intended to lure the child for that purpose.

[20] In the trial judge’s view, to interpret s. 172.1 otherwise would cast “the net too wide” (para. 11). He therefore felt bound to acquit Mr. Legare on the second count as well as the first.

[21] As mentioned earlier, the Court of Appeal affirmed Mr. Legare’s acquittal on the first count, but set aside his acquittal on the second and ordered a new trial.

[22] Speaking for a unanimous court, Watson J.A. held that the trial judge had adopted an unduly narrow interpretation of s. 172.1(1)(c), notably in appearing to require as an essential element of that offence a “present intent to bring about an opportunity to commit one of the secondary offences” (para. 67). According to Justice Watson, the trial judge “erred in law in his interpretation of the requisite *actus reus* and *mens rea* under s. 172.1(1)(c) in that regard”. And, having misdirected himself as

n’avait pas pu — établir que la conduite de M. Legare avait facilité la perpétration de l’une des infractions sous-jacentes énumérées.

[19] Quant à la *mens rea*, le juge de première instance a retenu l’argument de l’avocate de la défense suivant lequel l’expression « en vue de faciliter la perpétration [. . .] d’une infraction » exige l’existence d’une intention de leurrer dans le dessein précis visé par l’al. 172.1(1)c). Le juge a reconnu que le ministère public n’avait pas à prouver que l’accusé avait l’intention de commettre l’infraction sous-jacente énumérée. Il a cependant conclu qu’il faut démontrer que l’accusé avait l’intention de leurrer un enfant *dans ce dessein*. M. Legare n’avait pas organisé de rencontre avec la plaignante, et il n’en avait pas l’intention. Son intention de « parler de choses cochonnes » était insuffisante. Pour reprendre les mots employés par le juge de première instance, au par. 22 :

[TRADUCTION] Le ministère public n’a pas besoin de prouver que l’accusé avait effectivement l’intention de commettre l’infraction sous-jacente énumérée, mais il lui faut prouver que l’accusé avait l’intention de leurrer l’enfant dans ce dessein.

[20] Une interprétation différente de l’art. 172.1 conduirait, selon le juge de première instance, à [TRADUCTION] « ratisser trop large » (par. 11). Il s’est par conséquent estimé tenu d’acquitter M. Legare sur le second chef comme sur le premier.

[21] Comme je l’ai signalé, la Cour d’appel a confirmé l’acquittement de M. Legare sur le premier chef, mais a annulé son acquittement sur le second chef et a ordonné la tenue d’un nouveau procès.

[22] Le juge Watson, qui a rédigé l’opinion unanime de la Cour d’appel, a conclu que le juge de première instance avait adopté une interprétation exagérément restrictive de l’al. 172.1(1)c), notamment en semblant exiger, comme élément essentiel de cette infraction, [TRADUCTION] « une intention concomitante de créer une occasion de commettre une des infractions sous-jacentes » (par. 67). Selon le juge Watson, le juge de première instance « a fait une erreur de droit dans l’interprétation de l’actus

to the essential elements of the offence, the judge “did not assess the proper questions of fact and did not make relevant fact findings” (para. 67).

[23] Moreover, in the absence of “case-specific reasons” that would authorize the Court of Appeal to make its own findings of fact, notably as to the requisite *mens rea*, a new trial was found to be the proper remedy (para. 68).

IV

[24] At the time of the appellant’s trial, s. 172.1(1)(c) of the *Criminal Code* provided:

172.1 (1) Every person commits an offence who, by means of a computer system within the meaning of subsection 342.1(2), communicates with

. . .

(c) a person who is, or who the accused believes is, under the age of fourteen years, for the purpose of facilitating the commission of an offence under section 151 [sexual interference] or 152 [invitation to touching], subsection 160(3) [bestiality] or 173(2) [exposure of genitals] or section 281 [abduction] with respect to that person.

[25] It will immediately be seen that s. 172.1(1)(c) creates an incipient or “inchoate” offence, that is, a preparatory crime that captures otherwise legal conduct meant to culminate in the commission of a completed crime. It criminalizes conduct that *precedes* the commission of the sexual offences to which it refers, and even an attempt to commit them. Nor, indeed, must the offender meet or intend to meet the victim with a view to committing any of the specified secondary offences. This is in keeping with Parliament’s objective to close the cyberspace door before the predator gets in to prey.

[26] Speaking for the court in *R. v. Alicandro*, 2009 ONCA 133, 246 C.C.C. (3d) 1, Doherty J.A.

reus et de la *mens rea* exigés par l’al. 172.1(1)c) ». En raison de cette erreur sur les éléments essentiels de l’infraction, le juge « n’a pas examiné les véritables questions de fait et n’a pas dégagé les constatations de fait pertinentes » (par. 67).

[23] Vu en outre l’absence de [TRADUCTION] « motifs propres à l’affaire » qui autoriseraient la Cour d’appel à dégager ses propres conclusions de fait, notamment quant à la *mens rea* exigée, la cour a jugé qu’il convenait d’ordonner la tenue d’un nouveau procès (par. 68).

IV

[24] À l’époque du procès de l’appellant, l’al. 172.1(1)(c) du *Code criminel* était ainsi libellé :

172.1 (1) Commet une infraction quiconque communique au moyen d’un ordinateur au sens du paragraphe 342.1(2) avec :

. . .

c) une personne âgée de moins de quatorze ans ou qu’il croit telle, en vue de faciliter la perpétuation à son égard d’une infraction visée aux articles 151 [contacts sexuels] ou 152 [incitation à des contacts sexuels], aux paragraphes 160(3) [bestialité] ou 173(2) [exhibitionnisme] ou à l’article 281 [enlèvement].

[25] On voit tout de suite que l’al. 172.1(1)(c) crée une infraction préliminaire ou « inchoative », c’est-à-dire un crime préparatoire constitué d’actes, par ailleurs légaux, qui devraient mener à la perpétuation d’un crime complet. Cette disposition érige en crime des actes qui *précèdent* la perpétuation des infractions d’ordre sexuel auxquelles elle renvoie, et même la tentative de les perpétrer. Il n’est pas nécessaire que le délinquant rencontre ou ait l’intention de rencontrer la victime en vue de perpétrer une des infractions sous-jacentes énumérées. Une telle interprétation est conforme à l’objectif du législateur de fermer la porte du cyberspace avant que le prédateur ne la franchisse pour traquer sa proie.

[26] S’exprimant au nom de la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. c. Alicandro*, 2009 ONCA 133,

observed that the purpose of s. 172.1 is evident from its language. I agree. In Justice Doherty's words (at para. 36):

The language of s. 172.1 leaves no doubt that it was enacted to protect children against the very specific danger posed by certain kinds of communications via computer systems. The Internet is a medium in which adults can engage in anonymous, low visibility and repeated contact with potentially vulnerable children. The Internet can be a fertile breeding ground for the grooming and preparation associated with the sexual exploitation of children by adults. One author has described the danger in these terms:

For those inclined to use computers as a tool for the achievement of criminal ends, the Internet provides a vast, rapid and inexpensive way to commit, attempt to commit, counsel or facilitate the commission of unlawful acts. The Internet's one-[to]-many broadcast capability allows offenders to cast their nets widely. It also allows these nets to be cast anonymously or through misrepresentation as to the communicator's true identity. Too often, these nets ensnare, as they're designed to, the most vulnerable members of our community — children and youth.

Cyberspace also provides abuse-intent adults with unprecedented opportunities for interacting with children that would almost certainly be blocked in the physical world. The rapid development and convergence of new technologies will only serve to compound the problem. Children are the frontrunners in the use of new technologies and in the exploration of social life within virtual settings.⁷

⁷ Gregory J. Fitch, Q.C., "Child Luring" (Paper presented to the National Criminal Law Program: Substantive Criminal Law, Advocacy and the Administration of Justice, Edmonton, Alberta, July 2007), Federation of Law Societies of Canada, 2007, [vol. 1], section 10.1, at pp. 1 and 3.

[27] What s. 172.1(1) prohibits is thus apparent both from its remedial purpose and from the express terms adopted by Parliament to achieve that objective.

246 C.C.C. (3d) 1, le juge Doherty a observé que l'objectif de l'art. 172.1 ressort de façon évidente de son libellé. Je suis d'accord. Pour reprendre les termes utilisés par le juge Doherty (par. 36) :

[TRADUCTION] Le libellé de l'art. 172.1 traduit sans ambiguïté l'intention du législateur de protéger les enfants contre le danger bien précis que présentent certains types de communications électroniques. Internet est un média qui permet à des adultes d'entrer en contact de façon anonyme, discrète et répétée avec des enfants qui peuvent être vulnérables. La toile peut s'avérer un terrain propice à la manipulation psychologique et à la préparation associées à l'exploitation sexuelle d'enfants par des adultes. Un auteur a ainsi décrit ce danger :

À ceux qui sont portés à utiliser l'ordinateur comme un outil pour réaliser leurs fins criminelles, Internet offre un moyen puissant, rapide et peu coûteux de commettre ou de tenter de commettre des actes illégaux, ou encore d'en conseiller ou d'en faciliter la perpétration. Le fait qu'Internet donne à une personne la possibilité de diffuser un message à de nombreuses autres personnes permet aux délinquants de lancer leurs filets sur un vaste territoire. Il leur permet aussi de les lancer de façon anonyme ou en taisant leur véritable identité. Trop souvent, ces filets capturent, comme ils sont destinés à le faire, les membres les plus vulnérables de notre société — les enfants et les adolescents.

Le cyberspace fournit en outre aux adultes mal intentionnés des occasions sans précédent d'interagir avec des enfants, qui leur seraient presque certainement inaccessibles dans le monde physique. Le développement rapide et la convergence des nouvelles technologies ne feront qu'aggraver le problème. Les enfants sont à l'avant-garde des nouvelles technologies et de l'exploration d'une vie sociale dans un cadre virtuel⁷.

⁷ Gregory J. Fitch, c.r., « Child Luring » (document présenté au National Criminal Law Program: Substantive Criminal Law, Advocacy and the Administration of Justice, Edmonton (Alberta), juillet 2007), Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, 2007, [vol. 1], section 10.1, p. 1 et 3.

[27] L'interdiction créée par le par. 172.1(1) ressort à la fois clairement de l'objectif de protection poursuivi par le législateur et des termes explicites qu'il a adoptés pour réaliser cet objectif.

[28] Section 172.1(1) makes it a crime to communicate by computer with underage children or adolescents for the purpose of *facilitating* the commission of the offences mentioned in its constituent paragraphs. In this context, “facilitating” includes *helping to bring about* and *making easier or more probable* — for example, by “luring” or “grooming” young persons to commit or participate in the prohibited conduct; by reducing their inhibitions; or by prurient discourse that exploits a young person’s curiosity, immaturity or precocious sexuality.

[29] I hasten to add that sexually explicit language is not an essential element of the offences created by s. 172.1. Its focus is on the intention of the accused at the time of the communication by computer. Sexually explicit comments may suffice to establish the criminal purpose of the accused. But those who use their computers to lure children for sexual purposes often groom them online by first gaining their trust through conversations about their home life, their personal interests or other innocuous topics.

[30] As Hill J. explained in *R. v. Pengelley*, [2009] O.J. No. 1682 (QL) (S.C.J.), at para. 96:

... computer communications may serve to sexualize or groom or trick a child toward being receptive to a sexual encounter, to cultivate a relationship of trust, or to undertake a process of relinquishing inhibitions, all with a view to advancing a plan or desire to physical sexual exploitation of a young person.

[31] Accordingly, the content of the communication is not necessarily determinative: What matters is whether the evidence as a whole establishes beyond a reasonable doubt that the accused communicated by computer with an underage victim *for the purpose of facilitating* the commission of

[28] Constitue un crime, aux termes du par. 172.1(1), le fait de communiquer au moyen d’un ordinateur avec des enfants ou adolescents, qui n’ont pas atteint l’âge fixé, en vue de *faciliter* la perpétration des infractions mentionnées dans les alinéas du paragraphe (1). Dans ce contexte, « faciliter » s’entend notamment du fait *d’aider à provoquer et de rendre plus facile ou plus probable* la perpétration de l’infraction — par exemple en amenant des jeunes, par la ruse ou la manipulation psychologique, à se livrer à l’acte interdit ou à y participer; en diminuant leurs inhibitions; ou en tenant des propos érotiques qui exploitent la curiosité, l’immaturité ou la sexualité précoce d’une jeune personne.

[29] Je m’empresse d’ajouter que le langage sexuellement explicite ne constitue pas un élément essentiel des infractions établies par l’art. 172.1, qui met l’accent sur l’intention de l’accusé lors de la communication au moyen d’un ordinateur. Des propos sexuellement explicites peuvent suffire à prouver l’intention criminelle de l’accusé. Mais souvent, ceux qui se servent de leur ordinateur pour leurrer des enfants à des fins sexuelles exercent sur eux une manipulation psychologique en ligne en gagnant tout d’abord leur confiance par des conversations sur leur vie familiale, leurs intérêts personnels ou d’autres sujets anodins.

[30] Comme l’a expliqué le juge Hill dans *R. c. Pengelley*, [2009] O.J. No. 1682 (QL) (C.S.J.), au par. 96 :

[TRADUCTION] ... les communications par ordinateur peuvent être utilisées pour sexualiser un enfant ou l’amener par la ruse ou la manipulation psychologique à être ouvert à une rencontre sexuelle, pour cultiver une relation de confiance ou pour amorcer un processus de désinhibition, en vue de réaliser un plan ou un désir d’exploitation sexuelle d’une jeune personne.

[31] C’est pourquoi le contenu de la communication n’est pas nécessairement déterminant; ce qui importe, c’est de savoir si la preuve dans son ensemble établit hors de tout doute raisonnable que l’accusé a communiqué au moyen d’un ordinateur avec une victime qui n’a pas atteint l’âge fixé *en*

a specified secondary offence in respect of that victim.

[32] The italicized words in the preceding paragraph, drawn textually from s. 172.1(1)(c), make clear that the intention of the accused must be determined *subjectively*. I agree in this regard with the Attorney General of Ontario. As Doherty J.A. stated in *Alicandro*, at para. 31, the accused must be shown to have “engage[d] in the prohibited communication with the specific intent of facilitating the commission of one of the designated offences” with respect to the underage person who was the intended recipient of communication (emphasis added).

[33] This view is commanded not only by the plain meaning of s. 172.1(1)(c) but also by precedent regarding other “for the purpose” offences in the *Criminal Code*, and policy considerations governing preparatory offences of this kind. As Andrew Ashworth puts it:

... inchoate crimes are an extension of the criminal sanction, and the more remote an offence becomes from the actual infliction of harm, the higher the degree of fault necessary to justify criminalization.

(*Principles of Criminal Law* (6th ed. 2009), at p. 456)

[34] As mentioned earlier, this policy consideration is particularly relevant to s. 172.1 of the *Code*, which criminalizes preparatory conduct even more remote from the infliction of harm than other incipient or inchoate crimes, such as attempt and counselling or procuring the commission of an offence.

[35] The application of a subjective standard of fault is appropriate as well in light of the broad nature of the act component of s. 172.1. Requiring the Crown to prove that the accused communicated by computer with the specific intent mandated by the plain language of the provision helps to ensure that innocent communication will not be unintentionally captured by the *Code*.

vue de faciliter la perpétration à son égard d’une infraction d’ordre sexuel énumérée.

[32] Les mots en italique dans le paragraphe qui précède, tirés de l’al. 172.1(1)c), indiquent clairement que l’intention de l’accusé doit être établie *subjectivement*. Je partage à cet égard l’avis du procureur général de l’Ontario. Comme l’a écrit le juge Doherty dans *Alicandro*, au par. 31, il faut démontrer que l’accusé a [TRADUCTION] « engagé la communication interdite avec l’intention spécifique de faciliter la perpétration d’une des infractions énumérées » à l’égard de la personne n’ayant pas atteint l’âge fixé à qui la communication était destinée (je souligne).

[33] Cette conclusion s’impose, non seulement en raison du sens ordinaire de l’al. 172.1(1)c), mais aussi à cause de la jurisprudence relative à d’autres infractions préparatoires du *Code criminel* et de considérations de principe relatives à de telles infractions. Comme l’explique Andrew Ashworth :

[TRADUCTION] ... les crimes inchoatifs constituent une extension de la sanction criminelle; plus une infraction est éloignée de la véritable infraction d’un préjudice, plus le degré de faute nécessaire pour justifier la criminalisation est élevé.

(*Principles of Criminal Law* (6^e éd. 2009), p. 456)

[34] Comme je l’ai signalé, cette considération de principe est particulièrement pertinente dans le cas de l’art. 172.1 du *Code*, qui criminalise des actes préparatoires encore plus éloignés de l’infliction d’un préjudice que d’autres crimes préliminaires ou inchoatifs, comme la tentative, le fait de conseiller à une autre personne de commettre une infraction ou le fait de l’y inciter.

[35] L’application d’une norme de faute subjective est également appropriée en raison de la nature très générale de l’acte constitutif de l’infraction prévue à l’art. 172.1. Obliger le ministère public à prouver que l’accusé a communiqué au moyen d’un ordinateur avec l’intention spécifique exigée par les termes clairs de la disposition contribue à garantir que des communications innocentes non visées par le législateur ne tomberont pas sous le coup du *Code*.

V

[36] To sum up, then, I reiterate that s. 172.1(1)(c) comprises three elements: (1) an intentional communication by computer; (2) with a person whom the accused knows or believes to be under 14 years of age; (3) for the specific purpose of facilitating the commission of a specified secondary offence — that is, abduction or one of the sexual offences mentioned in s. 172.1(1)(c) — with respect to the underage person.

[37] All three elements must, of course, be established by the Crown beyond a reasonable doubt.

[38] In determining whether the Crown has discharged its burden under s. 172.1, it is neither necessary nor particularly helpful for trial judges to recast every element of the offence in terms of its *actus reus*, or “act” component, and its *mens rea*, or requisite mental element. As in the case of attempt, s. 172.1 criminalizes otherwise lawful conduct when its specific purpose is to facilitate the commission of a specified secondary offence with respect to an underage person. Separately considered, neither the conduct itself nor the purpose alone is sufficient to establish guilt: It is not an offence under s. 172.1 to *communicate by computer with an underage person*, nor is it an offence under s. 172.1 to facilitate the commission of a specified secondary offence in respect of that person *without communicating by computer*.

[39] In this unusual context, determining whether each of the essential elements I have set out constitutes all or part of the *actus reus* or *mens rea* of s. 172.1(1)(c) is of no assistance in reaching the appropriate verdict on a charge under that provision. More specifically, forcibly compartmentalizing the underage requirement of s. 172.1(1)(c) — “a person who is, or who the accused believes is, under the age of fourteen years” — as either part of the *actus reus* or part of the *mens rea*, may well introduce an element of confusion in respect of both concepts.

V

[36] En résumé, donc, l'al. 172.1(1)(c) comporte trois éléments : (1) une communication intentionnelle au moyen d'un ordinateur; (2) avec une personne dont l'accusé sait ou croit qu'elle est âgée de moins de 14 ans; (3) dans le dessein précis de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction énumérée — soit l'enlèvement, soit l'une des infractions d'ordre sexuel mentionnées à l'al. 172.1(1)(c).

[37] Ces trois éléments doivent naturellement être établis par le ministère public hors de tout doute raisonnable.

[38] Il n'est ni nécessaire ni particulièrement utile pour le juge de première instance qui doit déterminer si le ministère public s'est acquitté du fardeau qui lui incombe aux termes de l'art. 172.1 de reformuler les éléments de l'infraction selon les notions d'*actus reus*, ou d'élément matériel, et de *mens rea*, ou d'élément moral exigé. Comme pour la tentative, l'art. 172.1 érige en crime des actes, par ailleurs légaux, qui visent à faciliter la perpétration d'une infraction énumérée à l'égard d'une personne qui n'a pas atteint l'âge fixé. Pris isolément, ni les actes eux-mêmes ni le seul dessein ne sont suffisants pour établir la culpabilité : ne constituent une infraction prévue à l'art. 172.1, ni le simple fait de *communiquer au moyen d'un ordinateur avec une personne qui n'a pas atteint l'âge fixé*, ni le fait de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction énumérée *sans communiquer au moyen d'un ordinateur*.

[39] Dans ce contexte inhabituel, il n'est d'aucune utilité pour rendre le verdict qui convient sur ce chef de déterminer si chacun des éléments essentiels que j'ai énoncés correspond en tout ou en partie à l'*actus reus* ou à la *mens rea* qu'exige l'al. 172.1(1)(c). Plus particulièrement, en qualifiant arbitrairement l'exigence de l'al. 172.1(1)(c) quant à l'âge — « une personne âgée de moins de quatorze ans ou [que l'accusé] croit telle » — d'élément matériel ou d'élément moral, on risque même d'introduire un élément de confusion en ce qui concerne les deux concepts.

[40] Is it part of the *actus reus* that the accused communicated with a person of *any age* whom the accused *believed to be* under 14? Is it part of the *mens rea* that the person was *in fact* under 14? I see no conceptual or practical advantage in attempting to resolve these questions. It seems to me preferable, in setting out the elements of s. 172.1, to adopt “language which accurately conveys the effect of the law without in itself imposing an unnecessary burden of translation and explanation”: *Howard’s Criminal Law* (5th ed. 1990), at p. 11.

[41] I believe that the elements of the offence, as I have set them out, achieve that objective: They satisfy the principle of legality by affording the required degree of certainty, respecting the will of Parliament, and reflecting “the overall need to use the criminal law with restraint”: see D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (5th ed. 2007), at p. 86.

[42] Finally, it is neither necessary nor necessarily sufficient for the impugned acts of the accused to be *objectively capable* of facilitating the commission of the specified secondary offence with respect to the underage person concerned. Accordingly, the content of the communication is not necessarily determinative: What matters, I repeat, is whether *the evidence as a whole* establishes beyond a reasonable doubt that the accused communicated by computer with an underage victim for the purpose of facilitating the commission of a specified secondary offence with respect to that victim.

VI

[43] For all of these reasons, I would dismiss Mr. Legare’s appeal.

[44] As mentioned at the outset, the trial judge, in acquitting Mr. Legare, adopted an unduly restrictive construction of s. 172.1(1)(c) and misapprehended the essential elements of the offence. Understandably, he therefore did not make the

[40] Le fait que l’accusé ait communiqué avec une personne, *de quelque âge que ce soit*, qu’il croyait être âgée de moins de 14 ans, s’inscrit-il dans l’*actus reus*? Le fait que la personne était *en réalité* âgée de moins de 14 ans s’inscrit-il dans la *mens rea*? Je ne vois aucun avantage conceptuel ou pratique à tenter de résoudre ces questions. Il me paraît préférable, en énonçant les éléments de l’art. 172.1, d’adopter [TRADUCTION] « une formulation qui exprime fidèlement l’esprit de la loi sans imposer elle-même inutilement le fardeau de la traduire ou de l’expliquer » : *Howard’s Criminal Law* (5^e éd. 1990), p. 11.

[41] Je crois que les éléments de l’infraction, tels que je les ai exposés, répondent à cet objectif. Ils respectent le principe de la légalité, en permettant d’obtenir le degré nécessaire de certitude, sont conformes à la volonté du législateur et reflètent [TRADUCTION] « la nécessité générale de recourir au droit criminel avec modération » : voir D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (5^e éd. 2007), p. 86.

[42] Pour terminer, il n’est ni nécessaire ni nécessairement suffisant que les actes reprochés à l’accusé soient *objectivement susceptibles* de faciliter la perpétration de l’infraction énumérée à l’égard de la personne concernée qui n’a pas atteint l’âge fixé. C’est pourquoi le contenu de la communication n’est pas forcément déterminant. Ce qui importe, je le répète, c’est de déterminer si *la preuve dans son ensemble* établit hors de tout doute raisonnable que l’accusé a communiqué au moyen d’un ordinateur avec une victime qui n’a pas atteint l’âge fixé en vue de faciliter la perpétration à son égard d’une infraction d’ordre sexuel énumérée.

VI

[43] Pour tous ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi de M. Legare.

[44] Comme je l’ai indiqué au départ, le juge de première instance, en acquittant M. Legare, a adopté une interprétation exagérément restrictive de l’al. 172.1(1)(c) qui a faussé sa compréhension des éléments essentiels de l’infraction. Il est donc

of fact necessary to warrant either an appeal or a conviction on a proper understanding of the facts of the case.

[45] In these circumstances, I agree with the majority of the Court of Appeal that Mr. Legare's acquittal must be set aside and a new trial must be had.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Dawson Stevens & Shaigec, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Halifax.

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

Solicitor for the intervener Beyond Borders Inc.: Beyond Borders Inc., Nepean.

naturel qu'il n'ait pas dégagé les conclusions de fait nécessaires pour justifier un acquittement ou une déclaration de culpabilité fondés sur une compréhension adéquate de cette disposition.

[45] Dans les circonstances, je souscris à l'opinion de la Cour d'appel que l'acquittement de M. Legare doit être annulé et qu'un nouveau procès doit être tenu.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Dawson Stevens & Shaigec, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.

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

Procureur de l'intervenante Au-delà des frontières inc. : Au-delà des frontières inc., Nepean.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Abede Burke *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BURKE

Neutral citation: 2009 SCC 57.

File No.: 33031.

2009: November 19; 2009: December 4.

Present: LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Arrest without warrant — Reasonable grounds — Accused acquitted at trial of narcotic offence — Trial judge finding police officer did not have reasonable grounds to arrest accused without warrant — Whether trial judge imposed burden more onerous than “reasonable grounds” standard for arrest without warrant — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 495(1)(c).

A police officer arrested the accused without a warrant and, following a search incidental to arrest, found a bag of crack in the accused's pocket. The arresting officer did not investigate the accused's claim that he was the brother of the person sought by the arrest warrant at the time of the arrest. At the police station, however, the accused was confirmed not to be the person sought by the warrant. The trial judge acquitted the accused on a charge of possession of cocaine for the purpose of trafficking, finding that, despite the resemblance between the accused and his brother, the officer did not have objective grounds for the arrest because he had not investigated the accused's claim of mistaken identity at the time of the arrest. She concluded that the arrest was illegal, the subsequent search was unreasonable and excluded the evidence. The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the acquittal. The issue in this appeal as of right was whether the trial judge erred in law by substituting a more onerous standard for the requirement of reasonable grounds that a peace officer must have in order to make an arrest without warrant pursuant to s. 495 of the *Criminal Code*.

Held (Deschamps and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Abede Burke *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. BURKE

Référence neutre : 2009 CSC 57.

N° du greffe : 33031.

2009 : 19 novembre; 2009 : 4 décembre.

Présents : Les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Arrestation sans mandat — Motifs raisonnables — Accusé acquitté au procès pour infraction relative à des drogues — Conclusion de la juge de première instance selon laquelle l'agent de police n'avait pas de motifs raisonnables d'arrêter l'accusé sans mandat — La juge de première instance a-t-elle imposé un fardeau plus lourd que la norme des motifs raisonnables dans le cas d'une arrestation sans mandat? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 495(1)c).

Un agent de police a arrêté l'accusé sans mandat et, en procédant à une fouille accessoire à l'arrestation, a trouvé dans la poche de ce dernier un sac contenant du crack. Au moment de l'arrestation, l'agent n'a pas vérifié la prétention de l'accusé selon laquelle il était le frère de la personne visée par le mandat. Cependant, il a été confirmé au poste de police que l'accusé n'était pas la personne visée par le mandat. La juge de première instance a acquitté l'accusé sur un chef de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic, concluant que malgré la ressemblance de celui-ci avec son frère, l'agent n'avait pas de motifs objectifs de l'arrêter, car il n'avait pas vérifié, au moment de l'arrestation, l'allégation d'erreur sur la personne formulée par l'accusé. Elle a conclu que l'arrestation était illégale, que la fouille consécutive était déraisonnable et a exclu les éléments de preuve. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé l'acquittement. La question dans cet appel de plein droit consistait à déterminer si la juge de première instance a commis une erreur de droit en imposant un fardeau plus lourd que la norme des motifs raisonnables à l'agent de police qui procède à une arrestation sans mandat en vertu de l'art. 495 du *Code criminel*.

Arrêt (les juges Deschamps et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Per LeBel, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.: The trial judge's conclusion that the reasonable grounds required under s. 495 had not been made out in the particular circumstances of this case rested essentially on an appreciation of the evidence before her. Her reasons explained why the arresting officer's evidence was inconsistent, contradictory and wanting as to the circumstances of the arrest. [3]

Per Deschamps and Cromwell JJ. (dissenting): The trial judge's reasoning imposed a heavier onus than that required by s. 495(1)(c). It required the officer to be certain, or at least persuaded, that the person about to be arrested is the one against whom a warrant of arrest is in force, rather than simply to have reasonable grounds to believe so. [6]

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 495.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Vézina and Côté JJ.A.), 2009 QCCA 85, 63 C.R. (6th) 277, 248 C.C.C. (3d) 450, [2009] J.Q. n° 222 (QL), 2009 CarswellQue 11110, upholding the accused's acquittal. Appeal dismissed, Deschamps and Cromwell JJ. dissenting.

Sonia Lebel and Benoît Lauzon, for the appellant.

Louis Belleau, as *amicus curiae*.

The judgment of LeBel, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

[1] FISH J. — This is an appeal by the Crown, as of right, from a decision of the Québec Court of Appeal affirming the respondent's acquittal at trial on a charge of possession of cocaine for the purpose of trafficking (2009 QCCA 85, 248 C.C.C. (3d) 450).

[2] The decisive issue on the appeal is whether the trial judge erred in law, as the Crown contends, by substituting a more onerous standard for the requirement of reasonable grounds that a peace officer must have in order to make an arrest without

Les juges LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein : La conclusion de la juge de première instance selon laquelle l'existence de motifs raisonnables exigée à l'art. 495 n'avait pas été établie dans les circonstances particulières de cette affaire repose essentiellement sur son appréciation de la preuve qui lui a été présentée. Ses motifs expliquent les raisons pour lesquelles elle a jugé incompatibles, contradictoires et insatisfaisantes les déclarations de l'agent de police qui a procédé à l'arrestation sur les circonstances qui l'ont entourée. [3]

Les juges Deschamps et Cromwell (dissidents) : Le raisonnement de la juge de première instance impose un fardeau plus lourd que ce que prévoit l'al. 495(1)c). Il exige du policier qu'il ait la certitude, ou à tout le moins l'assurance, plutôt que des motifs raisonnables de croire, que la personne qu'il s'apprête à arrêter est bien celle contre laquelle un mandat d'arrestation est exécutoire. [6]

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 495.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Vézina et Côté), 2009 QCCA 85, 63 C.R. (6th) 277, 248 C.C.C. (3d) 450, [2009] J.Q. n° 222 (QL), 2009 CarswellQue 192, qui a confirmé l'acquittal de l'accusé. Pourvoi rejeté, les juges Deschamps et Cromwell sont dissidents.

Sonia Lebel et Benoît Lauzon, pour l'appelante.

Louis Belleau, en qualité d'*amicus curiae*.

Version française du jugement des juges LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein rendu par

[1] LE JUGE FISH — Il s'agit d'un pourvoi interjeté de plein droit par le ministère public, contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé l'acquittal de l'intimé à son procès sur un chef de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic (2009 QCCA 85, 63 C.R. (6th) 277).

[2] La question dans ce pourvoi consiste à déterminer si, comme le prétend le ministère public, la juge de première instance a commis une erreur de droit en imposant un fardeau plus lourd que la norme des motifs raisonnables à l'agent de police

warrant pursuant to s. 495 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[3] We are not persuaded that she did. Rather, the trial judge concluded that the reasonable grounds required under s. 495 had not been made out *in the particular circumstances of this case*. And her conclusion in this regard rests essentially on an appreciation of the evidence before her: The trial judge's reasons, delivered orally, explain in detail why she found the evidence of the arresting officer inconsistent, contradictory and wanting as to the circumstances surrounding the respondent's arrest.

[4] Accordingly, with respect for those who are of a different view, we would dismiss the appeal.

English version of the reasons of Deschamps and Cromwell JJ. delivered by

[5] CROMWELL J. (dissenting) — I have read the reasons of my colleague Justice Fish and, with respect, I am unable to agree with him.

[6] The question of law in this appeal is whether the trial judge imposed a burden more onerous than the one provided for in s. 495(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. I agree with Chamberland J.A., the dissenting judge in the Quebec Court of Appeal, that the answer is yes, for the following reasons:

[TRANSLATION] The trial judge stated that she was unable to “conclude that the officer had objective grounds for the arrest”. Why? Because “he did not investigate when the identification of the accused was contested, even though he was told that the person being sought after by the warrant was the brother”. Similarly, she “considers that the officer was obliged, on the face of the protest and information given by the accused to proceed to a verification” and adds that “the attitude of arresting a person without further verification . . . appears capricious”.

qui procède à une arrestation sans mandat en vertu de l'art. 495 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[3] Nous ne sommes pas convaincus qu'elle a effectivement commis cette erreur. Elle a plutôt conclu que l'existence de motifs raisonnables exigée à l'art. 495 n'avait pas été établie *dans les circonstances particulières de cette affaire*. Sa conclusion à cet égard repose essentiellement sur son appréciation de la preuve qui lui a été présentée : ses motifs, rendus de vive voix, expliquent en détail les raisons pour lesquelles elle a jugé incompatibles, contradictoires et insatisfaisantes les déclarations de l'agent de police qui a procédé à l'arrestation sur les circonstances qui l'ont entourée.

[4] Par conséquent et avec égards pour les tenants de l'opinion contraire, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

Les motifs des juges Deschamps et Cromwell ont été rendus par

[5] LE JUGE CROMWELL (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Fish, mais, avec égards pour l'opinion de ce dernier, il m'est toutefois impossible d'y souscrire.

[6] La question de droit à trancher est celle de savoir si la juge de première instance a imposé un fardeau plus lourd que celui prévu à l'al. 495(1)c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Tout comme le juge Chamberland, dissident en Cour d'appel du Québec, je suis d'avis qu'il faut répondre à cette question par l'affirmative pour les motifs suivants :

La juge de première instance affirme ne pas pouvoir [TRADUCTION] « conclure que l'agent avait des raisons objectives d'effectuer l'arrestation ». Pourquoi? Parce qu'il [TRADUCTION] « ne s'est pas renseigné lorsque l'identification de l'accusé a été contestée, même si on lui disait que la personne visée par le mandat était le frère de l'accusé ». Dans le même sens, elle [TRADUCTION] « considère que l'agent avait l'obligation, vu les protestations de l'accusé et les renseignements fournis par celui-ci, d'effectuer des vérifications » et ajoute que [TRADUCTION] « la décision d'arrêter une personne sans plus amples vérifications [. . .] semble arbitraire ».

In my view, and with the greatest respect for the trial judge, this reasoning is erroneous in that it imposes on the officer a different and heavier burden than what is required in s. 495(1)(c) *Cr. C.* It would require the officer to be certain, or at least persuaded, that the person about to be arrested is the one against whom a warrant of arrest is in force, rather than simply to have reasonable grounds to believe so.

(2009 QCCA 85, 248 C.C.C. (3d) 450, at paras. 23-24)

[7] Despite the able submission of Mr. Belleau, the *amicus curiae* in this case, I would allow the appeal and order a new trial.

Appeal dismissed, DESCHAMPS and CROMWELL JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Director of Criminal and Penal Prosecutions of Quebec, Montréal.

Solicitors for the amicus curiae: Filteau & Belleau, Montréal.

À mon avis, et cela dit avec beaucoup d'égards pour la juge de première instance, ce raisonnement est erroné en ce qu'il impose aux policiers un fardeau différent, et plus lourd, que ce que prévoit [l'al.] 495(1)c) *C.cr.* Il exige du policier qu'il ait en quelque sorte la certitude, ou à tout le moins l'assurance, plutôt que des motifs raisonnables de croire, que la personne qu'il s'apprête à arrêter est bien celle contre laquelle un mandat d'arrestation est exécutoire.

(2009 QCCA 85, 63 C.R. (6th) 277, par. 23-24)

[7] En dépit de l'excellente argumentation de M^c Belleau, *amicus curiae* dans cette affaire, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, les juges DESCHAMPS et CROMWELL sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Montréal.

Procureurs de l'amicus curiae : Filteau & Belleau, Montréal.

Kristy Leanne Dudley *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions of
Canada** *Intervener*

INDEXED AS: R. v. DUDLEY

Neutral citation: 2009 SCC 58.

File No.: 32603.

2009: March 18; 2009: December 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Criminal law — Procedure — Hybrid offences — Summary convictions — Limitation period — Information sworn more than six months after offences were alleged to have been committed — Plea not yet entered — Trial judge declaring information to be a nullity — Whether Crown can continue prosecution as indictable offence — Whether limitation period in s. 786(2) of Criminal Code applies to hybrid offences.

D was charged with one count of fraud not exceeding \$5,000 under s. 380(1)(b) of the *Criminal Code*, and one count of uttering a forged document under s. 368(1)(b), both hybrid offences which allow the Crown to proceed either by indictment or by summary conviction. The Crown elected to proceed summarily. When the matter came before the trial court for an expected guilty plea, defence counsel moved to dismiss the charges as a nullity because the summary conviction proceeding was statute-barred under s. 786(2) of the *Code* as the information had been sworn more than six months after the alleged unlawful conduct. The Crown immediately sought leave to “re-elect” and proceed by indictment or, alternatively, to withdraw the charge. The trial judge denied these motions and concluded that the charge was a nullity. The Court of Appeal allowed the Crown’s

Kristy Leanne Dudley *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Directeur des poursuites pénales du
Canada** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. DUDLEY

Référence neutre : 2009 CSC 58.

N° du greffe : 32603.

2009 : 18 mars; 2009 : 17 décembre.

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

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

Droit criminel — Procédure — Infractions mixtes — Déclarations de culpabilité par procédure sommaire — Délai de prescription — Dénonciation faite plus de six mois après que les infractions auraient été commises — Plaidoyer non encore inscrit — Juge du procès déclarant que la dénonciation est nulle — Le ministère public peut-il continuer la poursuite en procédant par voie de mise en accusation? — Le délai de prescription prévu à l’art. 786(2) du Code criminel s’applique-t-il aux infractions mixtes?

D a été accusée d’un chef de fraude d’un montant ne dépassant pas 5 000 \$ en vertu de l’al. 380(1)(b) du *Code criminel*, et d’un chef d’emploi d’un document contrefait en vertu de l’al. 368(1)(b), deux infractions mixtes que le ministère public peut poursuivre par voie de mise en accusation ou par procédure sommaire. Le ministère public a choisi une poursuite par procédure sommaire. Lorsque l’affaire a été soumise au tribunal de première instance en vue du plaidoyer de culpabilité prévu, l’avocat de la défense a demandé le rejet des accusations pour cause de nullité parce que la poursuite par procédure sommaire était prescrite aux termes du par. 786(2) du *Code* puisque la dénonciation sous serment remontait à plus de six mois après les faits reprochés. L’avocat du ministère public a immédiatement demandé l’autorisation de « faire un nouveau choix » et

appeal, holding that the original information remained valid and that the Crown could “re-elect” to proceed by indictment.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella and Cromwell JJ.: Where the Crown elects to proceed by way of summary conviction, the hybrid offence is treated in all respects as a summary conviction offence and the proceedings must be instituted within six months unless the parties otherwise agree. Where the trial has proceeded before a summary conviction court without an express election by the Crown, it will be presumed that the Crown has elected to proceed summarily. Where it is discovered before adjudication on the merits that the proceedings were instituted more than six months after the offence is alleged to have been committed, a mistrial should be declared unless the parties agree to waive the limitation period. After the verdict has been rendered, the appropriate remedy is an appeal on any permissible ground to the summary conviction appeal court. Where an appeal by the accused is allowed on the sole ground that the proceedings were statute-barred and conducted without consent, a conviction at trial should be set aside. When a mistrial is declared or a conviction is set aside, the Crown may proceed afresh by indictment except where the court is satisfied that this would amount to an abuse of process. An appeal by the Crown against an acquittal on the ground that the proceedings were statute-barred will not lie, since it is the Crown’s responsibility to ensure that the proceedings are properly instituted. [2-6]

When the defendant declines to consent to the continuation of the summary conviction proceedings, and the offence is punishable only on summary conviction, the court should simply dismiss the information. Hybrid offences, however, in virtue of s. 34 of the *Interpretation Act*, are deemed indictable unless and until the Crown has elected to proceed summarily. Where the Crown elects to proceed summarily, proceedings are governed by the provisions of the *Code* set out in Part XXVII, including s. 786(2). The accused’s failure to consent to

de procéder par voie de la mise en accusation ou, sinon, de retirer les accusations. Le juge du procès a rejeté ces requêtes et a conclu que l’inculpation était nulle. La Cour d’appel a accueilli l’appel du ministère public, concluant que la dénonciation initiale demeurerait valide et que le ministère public pouvait « faire un nouveau choix » et opter pour une poursuite par voie de mise en accusation.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella et Cromwell : Si le ministère public opte pour la procédure sommaire, l’infraction mixte est considérée à tous égards comme une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et les poursuites doivent être intentées dans les six mois à moins d’une entente à l’effet contraire entre les parties. Si le procès a été engagé devant un tribunal des poursuites sommaires sans qu’il y ait eu un choix exprès par le ministère public, on présumera que ce dernier a choisi la procédure sommaire. Si l’on constate, avant la décision sur le fond, que la procédure a été lancée plus de six mois après le moment où l’infraction reprochée aurait été commise, le procès devrait être annulé à moins que les parties s’entendent pour renoncer au délai de prescription. Après le prononcé du verdict, la voie de recours appropriée consiste à interjeter appel, sur la base d’un motif autorisé, devant la juridiction d’appel compétente en matière d’infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Si un appel interjeté par l’accusé est accueilli au seul motif que la poursuite était prescrite et qu’elle a été engagée sans son consentement, la déclaration de culpabilité prononcée à l’issue du procès devrait être annulée. En cas d’annulation du procès ou de la déclaration de culpabilité, le ministère public peut tout recommencer par voie de mise en accusation, sauf si le tribunal y voit un abus de procédure. Le ministère public ne pourra former un appel à l’encontre d’un acquittement prononcé en raison de la prescription de la poursuite parce qu’il lui appartenait de veiller à ce qu’elle soit intentée dans le délai voulu. [2-6]

Lorsque le défendeur refuse de consentir à la continuation de la poursuite par procédure sommaire, et que l’infraction est punissable uniquement sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, le tribunal devrait simplement rejeter la dénonciation. Selon l’article 34 de la *Loi d’interprétation* cependant, les infractions mixtes sont réputées punissables sur déclaration de culpabilité par mise en accusation à moins que le ministère public ait choisi la procédure sommaire et jusqu’à ce qu’il fasse ce choix. Si le ministère public

the prosecution of a hybrid offence by way of summary conviction beyond the limitation period is fatal to the validity of the Crown's election to proceed summarily and to the ensuing proceedings. The initial election and all subsequent proceedings are a nullity and have therefore no effect on the Crown's ability to proceed by indictment. [37-39] [42-43]

Per Deschamps, Charron and Rothstein JJ.: The limitation period in s. 786(2) of the *Criminal Code* does not apply to dual procedure offences. The matter should therefore be remitted to the trial court to proceed by summary conviction in accordance with the Crown's election. [62] [90]

Section 786(2) only operates as a general bar to the institution of proceedings more than six months after the alleged offence in respect of summary conviction offences. While the definition of "proceedings" in s. 785 of Part XXVII of the *Code* entitled "Summary Convictions" is wide enough to include dual procedure offences, that Part only applies "[e]xcept where otherwise provided by law". Since dual procedure offences are deemed indictable offences by operation of s. 34 of the *Interpretation Act*, the proceedings are commenced pursuant to s. 504 or 505 of the *Code*, not s. 788(1). As a result, the proceedings for dual procedure offences are never "instituted" under Part XXVII within the meaning of s. 788(1) and the limitation period in s. 786(2) does not apply to these offences. Proceedings in respect of dual procedure offences may therefore be instituted beyond the six-month period. Any subsequent Crown election to proceed summarily does not retroactively invalidate the institution of the proceeding. Even though the Crown's election to proceed summarily results in the dual procedure offence's acquiring the same characteristics as a pure summary offence in important aspects, its choice of procedural route does not change the original characterization of the offence as an indictable offence. Further, since s. 786(2) speaks to the institution of the proceeding, not the Crown election, nothing in the provision bars the Crown from electing to proceed either by indictment or by summary conviction in respect of such offences. Parliament considers dual procedure offences as more serious than pure summary conviction offences and, had it wished to impose a limitation period on dual procedure offences, it could have expressly adverted to the offences in s. 786(2) or declined to deem them to be indictable

opte pour la procédure sommaire, les procédures sont régies par les dispositions de la partie XXVII du *Code*, y compris le par. 786(2). Le refus de l'accusé de consentir à la poursuite par procédure sommaire d'une infraction mixte introduite après l'expiration du délai de prescription a pour effet d'invalider le choix de la procédure sommaire fait par le ministère public ainsi que les procédures qui en découlent. Le choix initial et toutes les procédures subséquentes sont nuls et n'ont par conséquent aucune incidence sur la possibilité, pour le ministère public, de poursuivre par voie de mise en accusation. [37-39] [42-43]

Les juges Deschamps, Charron et Rothstein : Le délai de prescription du par. 786(2) du *Code criminel* ne s'applique pas aux infractions mixtes. L'affaire devrait donc être renvoyée au tribunal de première instance pour qu'elle soit instruite par procédure sommaire conformément au choix du ministère public. [62] [90]

Le paragraphe 786(2) a uniquement pour effet d'empêcher de façon générale que des poursuites soient intentées plus de six mois après l'infraction reprochée dans le cas des infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Même si la définition de « procédures » à l'art. 785 de la partie XXVII du *Code* intitulée « Déclarations de culpabilité par procédure sommaire » est suffisamment vaste pour englober les infractions mixtes, cette partie du *Code* s'applique uniquement « [s]auf disposition contraire de la loi ». Puisque, par l'effet de l'art. 34 de la *Loi d'interprétation*, les infractions mixtes sont réputées des actes criminels, les procédures sont introduites en vertu des art. 504 ou 505 du *Code*, et non en vertu du par. 788(1). Par conséquent, les procédures relatives aux infractions mixtes ne sont jamais « introduites » en vertu de la partie XXVII au sens du par. 788(1), et le délai de prescription du par. 786(2) ne s'applique pas à ces infractions. Les procédures relatives aux infractions mixtes peuvent donc être intentées après la période de six mois. Tout choix subséquent de la procédure sommaire par le ministère public n'invalide pas rétroactivement l'introduction des procédures. Même si, du fait du choix de la procédure sommaire par le ministère public, l'infraction mixte acquiert, à bien des égards importants, les mêmes caractéristiques que l'infraction punissable seulement sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, ce choix de la voie procédurale ne modifie aucunement la qualification initiale de l'infraction, qui demeure un acte criminel. En outre, comme le par. 786(2) traite de l'introduction des procédures, non du choix du mode de poursuite par le ministère public, cette disposition n'empêche nullement le ministère public de choisir, à l'égard de ces infractions, la procédure par mise en

offences in the *Interpretation Act*. [61] [68] [71-72] [77-78]

Interpreting s. 786(2) to exclude dual procedure offences is consistent with the purpose of the limitation provision and does not interfere with the fair and efficient administration of the criminal justice system. Such an interpretation also respects prosecutorial discretion and protects the accused from unfair treatment since the Crown is not forced to proceed by way of indictment when it would otherwise pursue a summary conviction absent an accused's consent to summary proceedings. In addition, this interpretation causes no conflict with other legislation and nothing in the jurisprudence militates against it as no court has ruled on the specific issue of the application of s. 786(2) to dual procedure offences. [75] [79] [80] [82-83] [87]

Cases Cited

By Fish J.

Referred to: *R. v. Richards*, [1934] 2 W.W.R. 390; *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680; *R. v. Mitchell* (1997), 121 C.C.C. (3d) 139; *R. v. Paul-Marr*, 2005 NSCA 73, 199 C.C.C. (3d) 424; *R. v. C. (D.J.)* (1985), 21 C.C.C. (3d) 246; *Canada (Attorney General) v. Trueman, P.C.J.* (1996), 83 B.C.A.C. 227; *Trinidad and Tobago v. Davis*, 2008 ABCA 275, 233 C.C.C. (3d) 435; *R. v. Huff* (1979), 50 C.C.C. (2d) 324; *R. v. Gougeon* (1980), 55 C.C.C. (2d) 218; *R. v. Tontarelli*, 2009 NBCA 52, 348 N.B.R. (2d) 41; *R. v. D. (S.)* (1997), 119 C.C.C. (3d) 65; *R. v. O'Leary* (1991), 64 C.C.C. (3d) 573; *R. v. Shiplack* (1993), 109 Sask. R. 311; *Ahmed v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, 2009 FC 672, 81 Imm. L.R. (3d) 116; *R. v. Connors* (1998), 121 C.C.C. (3d) 358; *Re Abarca and The Queen* (1980), 57 C.C.C. (2d) 410; *R. v. Karpinski*, [1957] S.C.R. 343; *R. v. Kelly* (1998), 128 C.C.C. (3d) 206; *Giroux v. The King* (1917), 56 S.C.R. 63; *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41; *R. v. Jans* (1990), 59 C.C.C. (3d) 398; *R. v. Burke* (1992), 78 C.C.C. (3d) 163; *R. v. Kalkhorany* (1994), 89 C.C.C. (3d) 184; *R. v. Boutilier* (1995), 104 C.C.C. (3d) 327; *R. v. Belair* (1988), 41 C.C.C. (3d) 329; *R. v. Phelps* (1993), 79 C.C.C. (3d) 550; *R. v. Edwards* (1898), 2 C.C.C. 96; *R. v. Machacek*, [1961] S.C.R. 163; *Petersen v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 493.

accusation ou la procédure sommaire. Le législateur considère que les infractions mixtes sont plus graves que les infractions punissables seulement sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire; s'il avait souhaité assujettir les infractions mixtes à un délai de prescription, il aurait pu mentionner expressément ces infractions au par. 786(2) ou choisir de ne pas indiquer dans la *Loi d'interprétation* qu'elles sont réputées être des actes criminels. [61] [68] [71-72] [77-78]

Une interprétation excluant les infractions mixtes du champ d'application du par. 786(2) est conforme à la raison d'être de la disposition relative à la prescription et ne nuit pas à l'administration équitable et efficace du système de justice pénale. Une telle interprétation respecte le pouvoir discrétionnaire du poursuivant et protège l'accusé contre un traitement injuste puisque le ministère public n'est pas obligé de recourir à la procédure de mise en accusation dans un cas où il aurait plutôt intenté une poursuite sommaire en l'absence du consentement de l'accusé à une telle poursuite. En outre, cette interprétation n'entraîne aucun conflit avec d'autres lois et la jurisprudence n'y fait aucunement obstacle, car aucun tribunal ne s'est prononcé sur la question précise de l'application du par. 786(2) aux infractions mixtes. [75] [79] [80] [82-83] [87]

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Arrêts mentionnés : *R. c. Richards*, [1934] 2 W.W.R. 390; *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680; *R. c. Mitchell* (1997), 121 C.C.C. (3d) 139; *R. c. Paul-Marr*, 2005 NSCA 73, 199 C.C.C. (3d) 424; *R. c. C. (D.J.)* (1985), 21 C.C.C. (3d) 246; *Canada (Attorney General) c. Trueman, P.C.J.* (1996), 83 B.C.A.C. 227; *Trinidad and Tobago c. Davis*, 2008 ABCA 275, 233 C.C.C. (3d) 435; *R. c. Huff* (1979), 50 C.C.C. (2d) 324; *R. c. Gougeon* (1980), 55 C.C.C. (2d) 218; *R. c. Tontarelli*, 2009 NBCA 52, 348 R.N.-B. (2^e) 41; *R. c. D. (S.)* (1997), 119 C.C.C. (3d) 65; *R. c. O'Leary* (1991), 64 C.C.C. (3d) 573; *R. c. Shiplack* (1993), 109 Sask. R. 311; *Ahmed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 672, [2009] A.C.F. n^o 843 (QL); *R. c. Connors* (1998), 121 C.C.C. (3d) 358; *Re Abarca and The Queen* (1980), 57 C.C.C. (2d) 410; *R. c. Karpinski*, [1957] R.C.S. 343; *R. c. Kelly* (1998), 128 C.C.C. (3d) 206; *Giroux c. The King* (1917), 56 R.C.S. 63; *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41; *R. c. Jans* (1990), 59 C.C.C. (3d) 398; *R. c. Burke* (1992), 78 C.C.C. (3d) 163; *R. c. Kalkhorany* (1994), 89 C.C.C. (3d) 184; *R. c. Boutilier* (1995), 104 C.C.C. (3d) 327; *R. c. Belair* (1988), 41 C.C.C. (3d) 329; *R. c. Phelps* (1993), 79 C.C.C. (3d) 550; *R. c. Edwards* (1898), 2 C.C.C. 96; *R. c. Machacek*, [1961] R.C.S. 163; *Petersen c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 493.

By Charron J.

Considered: *R. v. Karpinski*, [1957] S.C.R. 343; **referred to:** *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680; *R. v. Court of Sessions of the Peace, ex parte Lafleur*, [1967] 3 C.C.C. 244; *R. v. Connors* (1998), 121 C.C.C. (3d) 358; *R. v. Boutilier* (1995), 104 C.C.C. (3d) 327.

Statutes and Regulations Cited

Animal Pedigree Act, R.S.C. 1985, c. 8 (4th Supp.), s. 67.
Citizenship Act, R.S.C. 1985, c. C-29, s. 22.
Crimes Act 1900 (N.S.W.), ss. 475A, 475B.
Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, s. 501.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 368(1)(b), 380(1)(b), 504, 505, 536, 606(4), Part XXVII, 785 “proceedings”, 786(2) [ad. 1997, c. 18, s. 110], 788.
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 841.
Criminal Records Act, R.S.C. 1985, c. C-47, s. 4.
Identification of Criminals Act, R.S.C. 1985, c. I-1.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 34.
Juries Act, R.S.O. 1990, c. J.3, s. 4.
Magistrates’ Courts Act 1980 (U.K.), 1980, c. 43, s. 19.

Authors Cited

Barton, P. G. “Why Limitation Periods in the Criminal Code?” (1998), 40 *Crim. L.Q.* 188.
 Canada. Department of Justice. Public Prosecution Service. *The Federal Prosecution Service Deskbook*, Part V, c. 19, “Elections and Re-Elections”, 2000 (update October 2005) (online: <http://www.ppsc-sppc.gc.ca/eng/fps-sfp/fpd/ch19.html>).
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Minutes of Proceedings and Evidence*, 1st Sess., 36th Parl., October 20, 1998 (online: <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1038963&Mode=1&Parl=36&Ses=1&Language=E>).
Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law, 4th ed. by Morris Manning and Peter Sankoff. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Ritter and Slatter JJ.A. and Bielby J. (*ad hoc*)), 2008 ABCA 73, 425 A.R. 280, 418 W.A.C. 280, 89 Alta. L.R. (4th) 71, 231 C.C.C. (3d) 80, [2008] 7 W.W.R. 645, [2008] A.J. No. 209 (QL),

Citée par la juge Charron

Arrêt examiné : *R. c. Karpinski*, [1957] R.C.S. 343; **arrêts mentionnés :** *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680; *R. c. Court of Sessions of the Peace, ex parte Lafleur*, [1967] 3 C.C.C. 244; *R. c. Connors* (1998), 121 C.C.C. (3d) 358; *R. c. Boutilier* (1995), 104 C.C.C. (3d) 327.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 368(1)(b), 380(1)(b), 504, 505, 536, 606(4), partie XXVII, 785 « procédures », 786(2) [aj. 1997, ch. 18, art. 110], 788.
Code criminel, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 501.
Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 841.
Crimes Act 1900 (N.S.W.), art. 475A, 475B.
Loi d’interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 34.
Loi sur l’identification des criminels, L.R.C. 1985, ch. I-1.
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. 1985, ch. C-29, art. 22.
Loi sur la généalogie des animaux, L.R.C. 1985, ch. 8 (4^e suppl.), art. 67.
Loi sur le casier judiciaire, L.R.C. 1985, ch. C-47, art. 4.
Loi sur les jurys, L.R.O. 1990, ch. J.3, art. 4.
Magistrates’ Courts Act 1980 (R.-U.), 1980, ch. 43, art. 19.

Doctrine citée

Barton, P. G. « Why Limitation Periods in the Criminal Code? » (1998), 40 *Crim. L.Q.* 188.
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Procès-verbaux et témoignages*, 1^{re} sess., 36^e lég., 20 octobre 1998 (en ligne : <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1038963&Mode=1&Parl=36&Ses=1&Language=F>).
 Canada. Ministère de la Justice. Service des poursuites pénales. *Guide du Service fédéral des poursuites*, partie V, ch. 19, « Le choix et le nouveau choix », 2000 (mise à jour octobre 2005) (en ligne : <http://www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/sfp-fps/fpd/ch19.html>).
Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law, 4th ed. by Morris Manning and Peter Sankoff. Markham, Ont. : LexisNexis, 2009.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Ritter et Slatter et Bielby (*ad hoc*)), 2008 ABCA 73, 425 A.R. 280, 418 W.A.C. 280, 89 Alta. L.R. (4th) 71, 231 C.C.C. (3d) 80, [2008] 7 W.W.R. 645, [2008] A.J. No. 209 (QL),

2008 CarswellAlta 261, setting aside a decision of Wenden Prov. Ct. J., 2006 CarswellAlta 2115. Appeal dismissed.

Akram Attia and Daryl J. Royer, for the appellant.

James A. Bowron, for the respondent.

François Lacasse and Gilles Villeneuve, for the intervener.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella and Cromwell JJ. was delivered by

FISH J. —

I

[1] “Hybrid” offences are crimes that can be prosecuted by indictment or on summary conviction. The choice in Canada is the Crown’s, though this has not always been the case and is not the case in other jurisdictions.

[2] Where the Crown elects to proceed by way of summary conviction, or “summarily”, the hybrid (or “dual procedure”) offence is treated in all respects as a summary conviction offence. Of particular importance here, the proceedings must be instituted within six months unless the parties otherwise agree.

[3] Where the trial has proceeded before a summary conviction court without an express election by the Crown, it will be presumed that the Crown has elected to proceed summarily. Where it is discovered before adjudication on the merits that the proceedings were instituted more than six months after the offence is alleged to have been committed, a mistrial should be declared unless the parties agree to waive the limitation period (or “prescription”).

2008 CarswellAlta 261, qui a annulé une décision du juge Wenden, 2006 CarswellAlta 2115. Pourvoi rejeté.

Akram Attia et Daryl J. Royer, pour l’appelante.

James A. Bowron, pour l’intimée.

François Lacasse et Gilles Villeneuve, pour l’intervenant.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Fish, Abella et Cromwell rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] Les infractions « mixtes » sont des crimes qui peuvent être poursuivis soit par voie de mise en accusation, soit par procédure sommaire. Au Canada, le choix est laissé au ministère public, bien qu’il n’en ait pas toujours été ainsi et que ce ne soit pas le cas ailleurs.

[2] Si le ministère public opte pour la procédure sommaire, l’infraction mixte est considérée à tous égards comme une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Les poursuites doivent alors être intentées dans les six mois à moins d’une entente à l’effet contraire entre les parties — une règle qui revêt une importance particulière en l’espèce.

[3] Si le procès a été engagé devant un tribunal des poursuites sommaires sans qu’il y ait eu un choix exprès par le ministère public, on présumera que ce dernier a choisi la procédure sommaire. Si l’on constate, avant la décision sur le fond, que la procédure a été lancée plus de six mois après le moment où l’infraction reprochée aurait été commise, le procès devrait être annulé à moins que les parties s’entendent pour renoncer au délai de prescription.

[4] After the verdict has been rendered, the appropriate remedy is an appeal on any permissible ground to the summary conviction appeal court.

[5] Where an appeal by the accused¹ is allowed on the sole ground that the proceedings were statute-barred and conducted without consent, a conviction at trial should be set aside. In either instance, the Crown may proceed afresh by indictment except where the court is satisfied that this would amount to an abuse of process. That is because neither a mistrial nor a conviction set aside on appeal gives rise to a plea of *autrefois*.

[6] An appeal by the Crown against an acquittal on the ground that the proceedings were statute-barred will not lie, since it was the Crown's responsibility to ensure that the proceedings were properly instituted. Having elected to proceed by way of summary conviction before the right court, the Crown should not be heard to complain *after an adverse adjudication on the merits* that it neglected to obtain the consent of the accused before the accused was acquitted!

[7] In my view, these are the governing principles where a hybrid offence is prosecuted by way

[4] Après le prononcé du verdict, la voie de recours appropriée consiste à interjeter appel, sur la base d'un motif autorisé, devant la juridiction d'appel compétente en matière d'infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

[5] Si un appel interjeté par l'accusé¹ est accueilli au seul motif que la poursuite était prescrite et qu'elle a été engagée sans son consentement, la déclaration de culpabilité prononcée à l'issue du procès devrait être annulée. Dans les deux cas, le ministère public peut tout recommencer par voie de mise en accusation, sauf si le tribunal y voit un abus de procédure. Il en est ainsi parce que ni l'annulation du procès ni l'annulation d'une déclaration de culpabilité en appel ne peuvent donner naissance à un plaidoyer d'*autrefois* acquit.

[6] Le ministère public ne pourra former un appel à l'encontre d'un acquittement prononcé en raison de la prescription de la poursuite parce qu'il lui appartenait de veiller à ce qu'elle soit intentée dans le délai voulu. Ayant choisi d'emprunter la voie de la procédure sommaire devant la juridiction compétente, le ministère public ne devrait pas être autorisé à se plaindre, *après une décision sur le fond défavorable*, d'avoir négligé d'obtenir le consentement de l'accusé avant l'acquittement de celui-ci!

[7] Tels sont à mon avis les principes applicables lorsqu'une infraction mixte est poursuivie par

¹ I am aware, of course, that the *Criminal Code* uses the term "accused" for indictable offences and "defendant" for offences punishable on summary conviction. For the sake of simplicity without unnecessary terminological nuance, I shall, dealing here with hybrid offences, use "accused" for both and "defendant" only for summary conviction proceedings. I shall also use "verdict" to signify a decision on the merits ("guilty" or "not guilty") both for indictable and for summary conviction matters, "acquittal" to signify a not guilty verdict in either instance, and "summarily" to signify proceedings by way of summary conviction.

¹ Je sais bien sûr que, dans le *Code criminel*, le législateur utilise le terme « accusé » dans le cas des infractions punissables par mise en accusation (actes criminels), et le terme « défendeur » dans le cas des infractions punissables par procédure sommaire. Par souci de simplifier les choses sans recourir à des nuances terminologiques inutiles, j'emploierai ici, lorsqu'il est question d'infractions mixtes, le terme « accusé » dans les deux cas et je réserverai le terme « défendeur » aux poursuites par procédure sommaire. Le terme « verdict » désignera quant à lui une décision sur le fond (« coupable » ou « non coupable ») en matières d'infractions punissables tant par voie de mise en accusation que par procédure sommaire, et le terme « acquittement » un verdict de non-culpabilité dans les deux cas.

of summary conviction beyond the six-month limitation period.

[8] The rest is background, detail and commentary.

II

[9] The appellant, Kristy Leanne Dudley, was charged with one count of fraud not exceeding \$5,000 under s. 380(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and one count of uttering a forged document under s. 368(1)(b) of the *Code*. The fraud was alleged to have occurred between June 23, 2002 and May 31, 2004; the uttering, on November 12, 2002. Both are hybrid offences and the Crown elected to proceed summarily.

[10] When the matter came before Wenden Prov. Ct. J. for an expected guilty plea, counsel for Ms. Dudley noticed that the information had been sworn on January 30, 2006 — more than six months after the alleged unlawful conduct was said to have occurred — and was therefore statute-barred as a summary conviction proceeding.

[11] Counsel for Ms. Dudley moved to dismiss the charges as a “nullity”. The prosecutor immediately sought leave to “re-elect” and proceed by indictment or, in the alternative, to withdraw the charges. Wenden Prov. Ct. J. denied the Crown’s motions and disposed of the matter by concluding that “the charge is a nullity because . . . it is sworn out of time” (2006 CarswellAlta 2115, at para. 3).

[12] The Alberta Court of Appeal allowed the Crown’s appeal and held that the original information charging Ms. Dudley with fraud and uttering remained valid (2008 ABCA 73, 231 C.C.C. (3d) 80). It also held that the Crown’s statute-barred election to proceed summarily did not afford

procédure sommaire au-delà du délai de prescription de six mois.

[8] Il me reste à exposer le contexte du présent pourvoi, à expliquer les principes que je viens d’énoncer et à les commenter.

II

[9] L’appelante, Kristy Leanne Dudley, a été inculpée d’un chef de fraude de moins de cinq mille dollars en vertu de l’al. 380(1)(b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et d’un chef d’emploi d’un document contrefait en vertu de l’al. 368(1)(b) du *Code*. La fraude aurait été commise entre le 23 juin 2002 et le 31 mai 2004; l’emploi d’un document contrefait aurait eu lieu le 12 novembre 2002. Dans les deux cas, il s’agit d’une infraction mixte et le ministère public a choisi la procédure sommaire.

[10] Lorsque l’affaire a été soumise au juge Wenden de la Cour provinciale de l’Alberta en vue du plaidoyer de culpabilité prévu, l’avocat de M^{me} Dudley a constaté que la dénonciation sous serment remontait au 30 janvier 2006 — plus de six mois après les faits reprochés — et que la poursuite par procédure sommaire était par conséquent prescrite.

[11] L’avocat de M^{me} Dudley a demandé le rejet des accusations pour cause de « nullité ». L’avocat du ministère public a immédiatement demandé l’autorisation de faire un nouveau choix et de procéder par voie de la mise en accusation ou, sinon, de retirer les accusations. Le juge Wenden a rejeté les requêtes du ministère public et statué sur l’affaire en concluant que [TRADUCTION] « l’inculpation est entachée de nullité parce que [. . .] la dénonciation sous serment n’a pas été faite dans le délai prescrit » (2006 CarswellAlta 2115, par. 3).

[12] La Cour d’appel de l’Alberta a accueilli l’appel interjeté par le ministère public, concluant que la dénonciation initiale sur la base de laquelle M^{me} Dudley avait été inculpée de fraude et d’emploi d’un document contrefait demeurait valide (2008 ABCA 73, 231 C.C.C. (3d) 80). Elle a en outre estimé que

Ms. Dudley a defence to the charges. Rather, the court concluded that the Crown could “re-elect” to proceed by indictment on the original information since the Crown’s initial election and the subsequent proceedings in the summary conviction court were nullities.

III

[13] This case requires us to consider the peculiar nature of hybrid offences, which exist nowhere — and everywhere — on the landscape of Canadian criminal procedure.

[14] They exist nowhere in the sense that the *Criminal Code* classifies offences as *either* indictable *or* punishable upon summary conviction, and nowhere recognizes a third, discrete category of hybrid offences. Yet hybrid offences are everywhere to be found in the *Criminal Code* — and in dozens, if not hundreds, of other federal statutes.

[15] Hybrid offences, though initially rare, are not of recent conception: Some can be found in the very first *Criminal Code*, enacted by Parliament in 1892. And in recent decades Parliament has transformed many crimes formerly triable *either* by indictment *or* summarily into offences that may now be prosecuted *either way*.

[16] Moreover, hybrid offences are by no means a uniquely Canadian phenomenon. Elsewhere, however, the decision whether to proceed summarily or on indictment is not generally a matter of prosecutorial discretion. In England and Wales, for example, it is the presiding magistrate who decides: *Magistrates’ Courts Act 1980* (U.K.), 1980, c. 43, s. 19. And in certain Australian states, including New

le choix de la procédure sommaire par le ministère public, quoique frappé de prescription, ne donnait pas à M^{me} Dudley un moyen de défense contre les accusations portées contre elle. Selon la cour, le ministère public pouvait faire un nouveau choix et opter pour une mise en accusation fondée sur la dénonciation initiale puisque son choix initial et la procédure engagée ensuite devant le tribunal des poursuites sommaires étaient entachés de nullité.

III

[13] La présente affaire nous amène à considérer la nature particulière des infractions mixtes, qui n’existent nulle part — mais qu’on trouve partout — dans le paysage de la procédure criminelle canadienne.

[14] Elles n’existent nulle part en ce sens que, suivant le *Code criminel*, les infractions sont *soit* des actes criminels, punissables par mise en accusation, *soit* des infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, et que nulle part n’est reconnue une troisième catégorie distincte d’infractions mixtes. Pourtant, on trouve des infractions mixtes partout dans le *Code criminel* — et il en existe des douzaines, voire des centaines, dans d’autres lois fédérales.

[15] Les infractions mixtes, quoique rares au début, ne sont pas une invention récente : il en existait quelques-unes dans le tout premier *Code criminel* adopté par le législateur en 1892. Et au cours des dernières décennies, le législateur a transformé de nombreux crimes qui, auparavant, pouvaient donner lieu *soit* à une poursuite par mise en accusation, *soit* à une poursuite par procédure sommaire, en infractions qui peuvent maintenant être poursuivies *d’une façon ou de l’autre*.

[16] En outre, les infractions mixtes ne constituent absolument pas un phénomène propre au Canada. Mais ailleurs, la décision d’emprunter la voie de la procédure sommaire ou celle de la mise en accusation ne relève généralement pas du pouvoir discrétionnaire du poursuivant. En Angleterre et au pays de Galles, par exemple, c’est le magistrat chargé de l’instruction qui prend la décision :

South Wales, the accused may apply to be tried summarily, subject to the consent of the Crown: *Crimes Act 1900* (N.S.W.), ss. 475A and 475B.

[17] Even in Canada, it was at one time explicitly provided that certain offences were punishable on indictment or on summary conviction *at the option of the accused*: see, for example, s. 501 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36; *R. v. Richards*, [1934] 2 W.W.R. 390 (B.C.C.A.). But all such provisions have long since been repealed and, as mentioned earlier, the choice is now the Crown's: *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680, at pp. 685-87, *per* Fauteux C.J.

[18] Pursuant to s. 34(1)(a) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, an offence is presumed indictable "if the enactment provides that the offender may be prosecuted for the offence by indictment". Hybrid offences are therefore treated as indictable — unless the Crown elects, or is deemed to have elected, to try them summarily:

In these cases, it is the prosecution that first decides how to proceed. If it chooses to proceed by indictment, the offence is treated in all respects as an indictable offence and the accused has the normal rights of election; if it chooses otherwise, the case proceeds in all respects as a summary conviction offence.

(*Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4th ed. 2009), at p. 44)

[19] To avoid uncertainty and the misunderstanding of which much unnecessary litigation is born, I think it best for the Crown to declare explicitly whether it is proceeding on a hybrid offence summarily or by indictment *before the accused is asked to plead*. And where the Crown elects to proceed summarily beyond the six-month limitation period, the prosecutor and the defendant should both be

Magistrates' Courts Act 1980 (R.-U.), 1980, ch. 43, art. 19. Et dans certains États australiens, dont la Nouvelle-Galles du Sud, l'accusé peut demander d'être jugé selon la procédure sommaire, avec le consentement du ministère public : *Crimes Act 1900* (N.S.W.), art. 475A et 475B.

[17] Même au Canada, il était expressément prévu à une époque que certaines infractions étaient punissables par mise en accusation ou sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, *au gré de l'accusé* : voir, par exemple, l'art. 501 du *Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36; *R. c. Richards*, [1934] 2 W.W.R. 390 (C.A.C.-B.). Toutes ces dispositions sont abrogées depuis longtemps et, comme je l'ai indiqué, le choix appartient maintenant au ministère public : *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680, p. 685-687 (le juge en chef Fauteux).

[18] Suivant l'al. 34(1)a) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, une infraction est réputée un acte criminel « si le texte prévoit que le contrevenant peut être poursuivi par mise en accusation ». Les infractions mixtes sont par conséquent considérées comme des infractions punissables par mise en accusation — à moins que le ministère public choisisse, ou soit réputé avoir choisi, de les poursuivre par procédure sommaire :

[TRADUCTION] Dans ces affaires, c'est la poursuite qui décide en premier la façon de procéder. Si elle choisit de poursuivre par voie de mise en accusation, l'infraction est considérée à tous égards comme un acte criminel, et l'accusé exerce les choix qui lui sont normalement offerts; si elle choisit autrement, les procédures sont considérées à tous égards comme étant relatives à une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(*Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4^e éd. 2009), p. 44)

[19] Pour éviter l'incertitude et les malentendus qui engendrent bien des litiges inutiles, il me semble souhaitable que le ministère public déclare expressément si, à l'égard d'une infraction mixte, il choisit la voie de la procédure sommaire ou celle de la mise en accusation, et ce *avant qu'on demande à l'accusé s'il plaide coupable ou non coupable*. Et si le ministère public opte pour la procédure

required to declare expressly — again, before plea — that they agree to proceed summarily.

[20] In the absence of an express election, it will in any event be presumed that the Crown has elected to proceed summarily where a hybrid offence “is proceeded with through trial to a verdict in a court having jurisdiction to hear a summary conviction proceeding”: *R. v. Mitchell* (1997), 121 C.C.C. (3d) 139 (Ont. C.A.), at para. 4. Similarly, the Crown will be deemed to have elected to proceed by indictment where the accused has been put to the election as to mode of trial required, for example by s. 536 of the *Criminal Code*, so long as the proceedings take place in a court having jurisdiction over the alleged offence.

IV

[21] As mentioned earlier, hybrid offences are deemed to be indictable unless and until the Crown elects to proceed summarily. Thus, speaking for the Nova Scotia Court of Appeal in *R. v. Paul-Marr*, 2005 NSCA 73, 199 C.C.C. (3d) 424, at para. 20, Cromwell J.A. (as he then was) explained that “where an offence may be prosecuted by either indictment or on summary conviction at the election of the Crown, the offence is deemed to be indictable until the Crown elects to proceed by way of summary conviction”. Likewise, in *R. v. C. (D.J.)* (1985), 21 C.C.C. (3d) 246, at p. 252, MacDonald J., speaking for the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division, stated that “in the case of a hybrid offence once the Crown elects to proceed by way of summary conviction the offence is no longer deemed to be an indictable offence”. And in *Canada (Attorney General) v. Trueman, P.C.J.* (1996), 83 B.C.A.C. 227, at para. 13, once more for a unanimous court, McEachern C.J.B.C. held that hybrid offences “are deemed by s. 34 of the *Interpretation Act* . . . to be indictable [and] remain indictable unless the Crown elects to proceed by

sommaire après l’expiration du délai de prescription de six mois, le poursuivant et l’accusé devraient tous deux être tenus de déclarer expressément — là encore, avant que l’accusé indique s’il plaide coupable ou non coupable — qu’ils acceptent de recourir à la procédure sommaire.

[20] En l’absence d’un choix explicite, on présumera de toute manière que le ministère public a choisi la voie de la procédure sommaire si une infraction mixte [TRADUCTION] « est instruite pendant le procès, jusqu’au verdict, devant un tribunal compétent en matière de poursuites par procédure sommaire » : *R. c. Mitchell* (1997), 121 C.C.C. (3d) 139 (C.A. Ont.), par. 4. De même, le ministère public sera réputé avoir choisi la voie de la mise en accusation lorsqu’il a été demandé au prévenu de faire le choix exigé — par l’art. 536 du *Code criminel*, par exemple — quant au type de procès, pourvu que la procédure soit engagée devant un tribunal compétent à l’égard de l’infraction reprochée.

IV

[21] Comme je l’ai mentionné précédemment, les infractions mixtes sont réputées être des actes criminels à moins que le ministère public choisisse le recours à la procédure sommaire, et jusqu’à ce qu’il fasse ce choix. Ainsi, le juge Cromwell (maintenant juge de notre Cour), s’exprimant au nom de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse dans *R. c. Paul-Marr*, 2005 NSCA 73, 199 C.C.C. (3d) 424, au par. 20, a expliqué que [TRADUCTION] « lorsqu’une infraction peut être poursuivie par acte d’accusation ou par procédure sommaire au choix du ministère public, l’infraction est réputée être un acte criminel jusqu’à ce que le ministère public choisisse le recours à la procédure sommaire ». De même, dans *R. c. C. (D.J.)* (1985), 21 C.C.C. (3d) 246, à la p. 252, le juge MacDonald a affirmé, au nom de la division d’appel de la Cour suprême de l’Île-du-Prince-Édouard, que [TRADUCTION] « dans le cas d’une infraction mixte, une fois que le ministère public choisit le recours par procédure sommaire, l’infraction n’est plus considérée être un acte criminel ». Et dans *Canada (Attorney General) c. Trueman, P.C.J.* (1996), 83 B.C.A.C. 227, au par. 13,

summary conviction”. (Emphasis added throughout.)

[22] Other appellate courts across the country have reached the same conclusion: *Trinidad and Tobago v. Davis*, 2008 ABCA 275, 233 C.C.C. (3d) 435, at para. 14; *R. v. Huff* (1979), 50 C.C.C. (2d) 324 (Alta. C.A.), at p. 328; *Mitchell*, at para. 4; *R. v. Gougeon* (1980), 55 C.C.C. (2d) 218 (Ont. C.A.), at p. 234; *R. v. Tontarelli*, 2009 NBCA 52, 348 N.B.R. (2d) 41, at para. 55; *R. v. D. (S.)* (1997), 119 C.C.C. (3d) 65 (Nfld. C.A.), at para. 34; *R. v. O’Leary* (1991), 64 C.C.C. (3d) 573 (Nfld. C.A.), at p. 575; *R. v. Shiplack* (1993), 109 Sask. R. 311 (C.A.), at para. 9. See also *Ahmed v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, 2009 FC 672, 81 Imm. L.R. (3d) 116, at para. 40.

[23] Justice Charron cites *R. v. Connors* (1998), 121 C.C.C. (3d) 358 (B.C.C.A.), for the proposition that “dual procedure offences retain[n] their character as indictable offences in the context of the *Identification of Criminals Act*” (para. 73). As my colleague points out, the *Identification of Criminals Act* is not before us on this appeal. For present purposes, it will therefore suffice to emphasize that *Connors* stands alone in this regard. Other courts have reached the opposite conclusion. See, for example, *Re Abarca and The Queen* (1980), 57 C.C.C. (2d) 410 (Ont. C.A.), at p. 413.

V

[24] Against this background, I turn now to ss. 786(2) and 788(1) of the *Criminal Code*, which both appear in Part XXVII of the *Code*, entitled “Summary Convictions”:

786. . . .

(2) No proceedings shall be instituted more than six months after the time when the subject-matter of the proceedings arose, unless the prosecutor and the defendant so agree.

une fois de plus dans une décision unanime, le juge en chef McEachern a conclu que les infractions mixtes [TRADUCTION] « sont réputées, aux termes de l’art. 34 de la *Loi d’interprétation* [. . .], être des actes criminels [et] le restent à moins que le ministère public choisisse le recours à la procédure sommaire ». (Tous les soulignements sont de moi.)

[22] D’autres cours d’appel partout au pays sont arrivées à la même conclusion : *Trinidad and Tobago c. Davis*, 2008 ABCA 275, 233 C.C.C. (3d) 435, par. 14; *R. c. Huff* (1979), 50 C.C.C. (2d) 324 (C.A. Alb.), p. 328; *Mitchell*, par. 4; *R. c. Gougeon* (1980), 55 C.C.C. (2d) 218 (C.A. Ont.), p. 234; *R. c. Tontarelli*, 2009 NBCA 52, 348 R.N.-B. (2^e) 41, par. 55; *R. c. D. (S.)* (1997), 119 C.C.C. (3d) 65 (C.A.T.-N.), par. 34; *R. c. O’Leary* (1991), 64 C.C.C. (3d) 573 (C.A.T.-N.), p. 575; *R. c. Shiplack* (1993), 109 Sask. R. 311 (C.A.), par. 9. Voir également *Ahmed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2009 CF 672, [2009] A.C.F. n^o 843 (QL), par. 40.

[23] La juge Charron cite l’arrêt *R. c. Connors* (1998), 121 C.C.C. (3d) 358 (C.A.C.-B.), à l’appui de la thèse selon laquelle « les infractions mixtes conservent leur qualification d’actes criminels dans le contexte de la *Loi sur l’identification des criminels* » (par. 73). Comme le signale ma collègue, la *Loi sur l’identification des criminels* n’est pas en cause dans le présent pourvoi. Pour notre propos, il suffit par conséquent de souligner que l’arrêt *Connors* est le seul à conclure en ce sens. Les autres cours sont parvenues à une conclusion contraire. Voir, par exemple, *Re Abarca and The Queen* (1980), 57 C.C.C. (2d) 410 (C.A. Ont.), p. 413.

V

[24] Le contexte ainsi posé, j’examine maintenant les par. 786(2) et 788(1) du *Code criminel*, tous deux figurant dans la Partie XXVII du *Code* intitulée « Déclarations de culpabilité par procédure sommaire » :

786. . . .

(2) À moins d’une entente à l’effet contraire entre le poursuivant et le défendeur, les procédures se prescrivent par six mois à compter du fait en cause.

788. (1) Proceedings under this Part shall be commenced by laying an information in Form 2.

[25] The time limit for instituting summary conviction proceedings that is now codified in s. 786(2) has existed in one form or another since at least 1892: *Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, s. 841. Only in 1997, however, was it made subject to waiver — that is, to extension by consent of the parties (S.C. 1997, c. 18, s. 110). Until then, summary conviction offences could not be prosecuted at all unless proceedings were timely brought: *R. v. Karpinski*, [1957] S.C.R. 343, at p. 350, *per* Fauteux J.

[26] It was in light of this that this Court in *Karpinski* unanimously held that the Crown could not try a hybrid offence as a summary conviction offence after the six-month limitation period had expired. But the Court divided as to the validity of the proceedings that had taken place in the summary conviction court prior to the discovery of the limitation problem.

[27] Fauteux J. (Abbott J. concurring) held that the proceedings were null *ab initio* because “there [was] no right for the Crown to elect to proceed by way of summary conviction and no jurisdiction for the magistrate to accept and act upon the election by receiving a plea” (p. 351). This line of reasoning has come to be known as the “no jurisdiction” view, and has been embraced by the Ontario Court of Appeal in a number of cases similar to the one at bar. See, for example, *R. v. Kelly* (1998), 128 C.C.C. (3d) 206.

[28] Again in *Karpinski*, Cartwright J. (dissenting) concluded that the summary conviction court retained at least a limited jurisdiction over the proceedings. In his view, the Crown’s “withdrawal of the charge before the learned magistrate was tantamount to an acquittal” and thus gave rise to the special plea of *autrefois acquit* if the Crown attempted to prosecute the same offence by

788. (1) Les procédures prévues à la présente partie débutent par le dépôt d’une dénonciation rédigée selon la formule 2.

[25] Le délai de prescription applicable aux poursuites par procédure sommaire actuellement établi au par. 786(2) existe sous une forme ou une autre depuis au moins 1892 : *Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 841. C’est seulement depuis 1997, toutefois, qu’il peut faire l’objet d’une renonciation — c’est-à-dire qu’il peut être prolongé avec le consentement des parties (L.C. 1997, ch. 18, art. 110). Auparavant, les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ne pouvaient donner lieu à aucune poursuite qui ne soit intentée dans le délai fixé : *R. c. Karpinski*, [1957] R.C.S. 343, p. 350 (le juge Fauteux).

[26] C’est ce qui a amené notre Cour, dans *Karpinski*, à conclure à l’unanimité que le ministère public ne pouvait pas poursuivre une infraction mixte en tant qu’infraction punissable par procédure sommaire après l’expiration du délai de prescription de six mois. Mais la Cour était divisée sur la validité de la procédure engagée devant le tribunal des poursuites sommaires avant la découverte du problème de prescription.

[27] Le juge Fauteux (avec l’appui du juge Abbott) était d’avis que la procédure était nulle *ab initio* parce que [TRADUCTION] « le ministère public n’avait pas le droit de choisir la procédure sommaire et le magistrat n’avait pas compétence pour accepter le choix et y donner suite en recevant un plaidoyer » (p. 351). Ce raisonnement, qui en est venu à être connu comme la thèse de « l’absence de compétence », a été adopté par la Cour d’appel de l’Ontario dans plusieurs affaires semblables à celle dont nous sommes saisis. Voir, par exemple, *R. c. Kelly* (1998), 128 C.C.C. (3d) 206.

[28] Toujours dans *Karpinski*, le juge Cartwright (dissident) a conclu que le tribunal des poursuites sommaires avait, au moins dans une certaine mesure, conservé sa compétence sur la procédure. À son avis, [TRADUCTION] « le retrait [par le ministère public] de l’accusation devant le savant magistrat équivalait à un acquittement » et donnait par le fait même naissance au plaidoyer spécial d’*autrefois*

indictment: *Karpinski*, p. 350. Justice Cartwright's reasoning has come to be known as the "defence view" of *Karpinski*, and it has been embraced by the Newfoundland Court of Appeal, in *obiter*, in *D. (S.)*.

[29] This division between the "no jurisdiction" and the "defence" views of acquired prescription retains its historical interest but not its former procedural significance. On either view, a summary conviction court has jurisdiction, with the consent of the parties, over statute-barred summary conviction proceedings. Absent consent, it does not.

[30] Except in one respect, I see no reason to distinguish in this regard between hybrid offences and offences punishable only on summary conviction. For hybrid offences, the Crown may proceed by indictment where its offer to proceed summarily is spurned by the accused. If the offence is a "pure" summary conviction offence — as opposed to a hybrid offence — the accused may nonetheless agree to proceed beyond the limitation period to avoid prosecution by indictment for a related offence that covers the same conduct. In either instance, if the prosecutor and defendant agree, a summary conviction court may exercise in respect of a statute-barred prosecution the jurisdiction it would otherwise have had.

[31] The sole relevant difference, it seems to me, is this. Absent consent, expiry of the limitation period bars entirely proceedings in respect of an offence that may be prosecuted only by way of summary conviction. A hybrid offence that can no longer be prosecuted summarily without the defendant's consent may nonetheless, absent abuse of process, be prosecuted by indictment, whether or not the Crown initially elected to proceed summarily — except of

acquit dans le cas où le ministère public tenterait de poursuivre la même infraction par voie de mise en accusation (*Karpinski*, p. 350). Le raisonnement du juge Cartwright, connu comme la thèse du « moyen de défense » de *Karpinski*, a été suivi par la Cour d'appel de Terre-Neuve, dans une opinion incidente, dans *D. (S.)*.

[29] Cette opposition entre la thèse de « l'absence de compétence » et celle du « moyen de défense » à propos de la prescription acquise, si elle conserve son intérêt historique, a perdu l'importance qu'elle avait sur le plan de la procédure. Dans un cas comme dans l'autre, le tribunal des poursuites sommaires a compétence, avec le consentement des parties, à l'égard de poursuites par procédure sommaire qui sont prescrites. En l'absence de ce consentement, il est sans compétence.

[30] Sauf à un égard, je ne vois aucune raison de faire une distinction sous ce rapport entre les infractions mixtes et les infractions punissables seulement par procédure sommaire. Dans le cas des infractions mixtes, le ministère public peut opter pour la mise en accusation lorsque son offre d'utiliser la procédure sommaire est repoussée par l'accusé. Si l'infraction est une infraction punissable seulement par procédure sommaire — par opposition à une infraction mixte — l'accusé peut tout de même accepter que la poursuite soit engagée après l'expiration du délai de prescription, dans le but d'éviter une poursuite par voie de mise en accusation pour une infraction apparentée relative aux mêmes faits. Dans un cas comme dans l'autre, le tribunal des poursuites sommaires peut, si le poursuivant et le défendeur sont d'accord, exercer à l'égard d'une poursuite prescrite la compétence qu'il aurait eue autrement.

[31] La seule différence pertinente me semble être la suivante. En l'absence de consentement, l'expiration du délai de prescription interdit de façon absolue le dépôt d'une poursuite à l'égard d'une infraction qui ne peut être poursuivie que par procédure sommaire. Une infraction mixte qui ne peut plus être poursuivie par procédure sommaire sans le consentement du défendeur peut néanmoins, sauf s'il y a abus de procédure, être poursuivie par

course, where the accused was acquitted by a summary conviction court pursuant to the Crown's initial election.

[32] In its reasons below, the Alberta Court of Appeal held that the Crown may "seek the consent of the accused to continue with a summary procedure" under s. 786(2) when it discovers "it has mistakenly elected to proceed summarily on an information sworn more than six months after the date of an alleged hybrid offence" (para. 42). On this view, which I share, the proceedings in the summary conviction court cannot be treated as a nullity *ab initio*.

[33] Whatever the situation may have been prior to the amendment of s. 786(2) in 1997, the summary conviction court now retains jurisdiction — subject to the consent of the parties — when it is discovered that the proceedings before it were statute-barred when the information was sworn. On a purposive interpretation of the amendment, the curative consent that is its object may be given at any time before verdict without requiring the parties to start the trial afresh. As I mentioned earlier, however, uncertainty and misunderstanding can easily be avoided by inviting and recording on the record — before the defendant is asked to plead — an agreement by the parties to proceed summarily.

[34] It is true, as a matter of principle, that jurisdiction cannot be conferred by consent. But this principle is subject to statutory attenuation, and Parliament has since 1997 expressly provided in s. 786(2) that the prosecutor and the defendant, by mutual consent, can renounce the six-month limitation period for summary convictions. From the defendant's point of view, this amounts to what may properly be characterized as a waiver of the benefit of prescription.

mise en accusation, que le ministère public ait ou non choisi à l'origine la procédure sommaire — à moins, naturellement, que l'accusé ait été acquitté par un tribunal des poursuites sommaires à la suite du choix initial fait par le ministère public.

[32] En l'espèce, la Cour d'appel de l'Alberta a conclu que le ministère public peut [TRADUCTION] « essayer d'amener l'accusée à consentir à la continuation de la procédure sommaire » en conformité avec le par. 786(2) lorsqu'il découvre [TRADUCTION] « qu'il a choisi par erreur de recourir à la procédure sommaire sur la base d'une dénonciation sous serment faite plus de six mois après la date de l'infraction mixte reprochée » (par. 42). Selon ce point de vue, que je partage, la procédure engagée devant le tribunal des poursuites sommaires ne peut être considérée comme nulle *ab initio*.

[33] Peu importe quelle était la situation avant la modification apportée au par. 786(2) en 1997, le tribunal des poursuites sommaires conserve maintenant sa compétence — sous réserve du consentement des parties — s'il s'avère que la procédure dont il est saisi était prescrite au moment de la dénonciation. Selon une interprétation téléologique de cette modification, le consentement curatif qui en fait l'objet peut être donné n'importe quand avant le verdict sans que les parties soient obligées de reprendre le procès depuis le début. Mais comme je l'ai indiqué, on peut aisément éviter l'incertitude et les malentendus en invitant les parties à s'entendre sur l'utilisation de la procédure sommaire et en consignait cet accord au dossier avant de demander au défendeur s'il plaide coupable ou non coupable.

[34] Il est vrai en principe que la compétence ne peut être donnée par consentement. Mais la portée de ce principe peut être atténuée par le législateur, et depuis 1997, ce dernier précise expressément au par. 786(2) que le poursuivant et le défendeur peuvent, par consentement mutuel, renoncer à la prescription de six mois établie en matière d'infractions punissables par procédure sommaire. Du point de vue du défendeur, il s'agit en fait de ce qu'on pourrait à juste titre appeler une renonciation au bénéfice de la prescription.

[35] And it is not without interest that the Court, nearly a century ago, recognized in *Giroux v. The King* (1917), 56 S.C.R. 63, that “[c]onsent cannot confer jurisdiction but a privilege defeating jurisdiction may always be waived if the trial court has jurisdiction over the subject matter” (p. 67). In the context that concerns us here, the benefit of an expired limitation period may be regarded, at least since 1997, as a privilege that can be waived by the accused.

[36] The consent of the parties, I repeat, can be given at any time during the proceedings before the verdict. The prosecutor will always be deemed to have consented by virtue of his or her election to try the hybrid offence summarily. The defendant must consent to the proceedings in a manner consistent with the reasons of the Court in *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41. That is to say, the consent of the defendant to continue with the proceedings must be “informed, clear and unequivocal”: *Korponay*, at p. 58.

VI

[37] The only question remaining on this appeal is what should become of the proceedings when the defendant declines to consent to their continuation.

[38] Where the offence is punishable only on summary conviction, the court should simply dismiss the information.

[39] In virtue of s. 34 of the *Interpretation Act*, hybrid offences are deemed indictable unless and until the Crown has elected to proceed summarily. Where the Crown elects to proceed summarily beyond the limitation period without the defendant’s consent, the Crown’s invalid election does not retrospectively invalidate an information.

[35] Il n’est pas sans intérêt de signaler que la Cour, il y a près d’un siècle, a reconnu dans *Giroux c. The King* (1917), 56 R.C.S. 63, que [TRADUCTION] « [l]e consentement ne peut conférer la compétence, mais il est toujours possible de renoncer à un privilège qui écarte la compétence si le tribunal qui préside le procès a compétence en l’espèce » (p. 67). Dans le contexte de l’affaire dont nous sommes saisis, le bénéfice d’un délai de prescription écoulé peut être considéré, au moins depuis 1997, comme un privilège auquel l’accusé peut renoncer.

[36] Le consentement des parties, je le répète, peut être donné à tout moment de l’instance avant le verdict. Le consentement du poursuivant sera toujours réputé avoir été donné en raison du choix qu’il a fait de poursuivre l’infraction mixte par procédure sommaire. Quant au défendeur, son consentement doit être conforme aux motifs exposés par la Cour dans *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41. C’est-à-dire qu’il doit consentir à la continuation de la procédure d’une manière « éclairée, claire et non équivoque » (*Korponay*, p. 58).

VI

[37] La seule question qui reste à trancher dans le présent pourvoi concerne le sort de la procédure lorsque le défendeur refuse de consentir à sa continuation.

[38] Si l’infraction est punissable uniquement sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, le tribunal devrait simplement rejeter la dénonciation.

[39] Selon l’art. 34 de la *Loi d’interprétation*, les infractions mixtes sont réputées punissables sur déclaration de culpabilité par mise en accusation à moins que le ministère public ait choisi la procédure sommaire et jusqu’à ce qu’il fasse ce choix. Si le ministère public opte pour la procédure sommaire après l’expiration du délai de prescription sans le consentement du défendeur, ce choix invalide ne vient pas rétroactivement invalider la dénonciation.

[40] There is a large and divided body of case law considering the Crown's right to "re-elect" on the original information to proceed by indictment after first electing to proceed summarily. See, for example, *Re Abarca and The Queen*; *R. v. Jans* (1990), 59 C.C.C. (3d) 398 (Alta. C.A.); *R. v. Burke* (1992), 78 C.C.C. (3d) 163 (Nfld. C.A.); *R. v. Kalkhorany* (1994), 89 C.C.C. (3d) 184 (Ont. C.A.); *R. v. Boutilier* (1995), 104 C.C.C. (3d) 327 (N.S.C.A.).

[41] In my respectful view, these cases do not ask the right question.

[42] As mentioned earlier, the failure of the accused to consent to the prosecution of a hybrid offence by way of summary conviction beyond the limitation period is fatal to the validity of the Crown's election and to the proceedings that ensue.

[43] It is for precisely this reason that the Crown is free to proceed by indictment on the original information, if valid on its face, where the accused refuses to consent. Although the information remains valid, the initial election and all subsequent proceedings are a nullity. They can therefore have no effect on the Crown's ability to proceed by indictment.

[44] I agree with the Court of Appeal that it is not unfair to the accused to permit the Crown to proceed by indictment unless "the evidence discloses an abuse of process arising from improper Crown motive, or resulting prejudice to the accused sufficient to violate the community's sense of fair play and decency" (para. 1). On the record as we have it, nothing of the sort may be said to have occurred here.

[45] As Martin J.A. observed in *R. v. Belair* (1988), 41 C.C.C. (3d) 329 (Ont. C.A.):

The [hybrid] offence charged was at all times triable by indictment, and indeed the information charged an indictable offence until the Crown elected to treat the

[40] Le droit pour le ministère public de choisir la voie d'une mise en accusation fondée sur la dénonciation initiale alors qu'il avait à l'origine choisi la procédure sommaire a donné lieu à une jurisprudence abondante et divergente. Voir, par exemple, *Re Abarca and The Queen*; *R. c. Jans* (1990), 59 C.C.C. (3d) 398 (C.A. Alb.); *R. c. Burke* (1992), 78 C.C.C. (3d) 163 (C.A.T.-N.); *R. c. Kalkhorany* (1994), 89 C.C.C. (3d) 184 (C.A. Ont.); *R. c. Boutilier* (1995), 104 C.C.C. (3d) 327 (C.A.N.-É.).

[41] À mon avis, on n'a pas posé la bonne question dans ces affaires.

[42] Comme je l'ai indiqué, le refus de l'accusé de consentir à la poursuite par procédure sommaire d'une infraction mixte introduite après l'expiration du délai de prescription a pour effet d'invalider le choix fait par le ministère public et la procédure qui en découle.

[43] C'est précisément pour cette raison que le ministère public est libre d'engager une poursuite par mise en accusation fondée sur la dénonciation initiale, si elle est valide à première vue, lorsque l'accusé refuse de donner son consentement. Bien que la dénonciation demeure valide, le choix initial et toutes les procédures subséquentes sont nuls. Partant, ils ne peuvent avoir d'incidence sur la possibilité pour le ministère public d'emprunter la voie de la mise en accusation.

[44] Comme la Cour d'appel, j'estime qu'il n'est pas injuste envers l'accusé de permettre au ministère public de recourir à la mise en accusation, à moins que [TRADUCTION] « la preuve révèle un abus de procédure découlant du caractère illégitime des motifs du ministère public ou que soit causé à l'accusé un préjudice suffisant pour porter atteinte au sens du franc-jeu et de la décence qu'à la société » (par. 1). Dans le dossier dont nous sommes saisis, on ne trouve rien de tel.

[45] Comme l'a souligné le juge Martin dans *R. c. Belair* (1988), 41 C.C.C. (3d) 329 (C.A. Ont.) :

[TRADUCTION] L'accusation relative à l'infraction [mixte] pouvait en tout temps donner lieu à un procès par voie de mise en accusation et, du reste, la dénonciation

offence as one punishable on summary conviction: see *Re Abarca and The Queen* (1980), 57 C.C.C. (2d) 410 at pp. 413-4 (Ont. C.A.). The respondent in this case was in no way prejudiced by the error of Crown counsel. If Crown counsel had noticed, prior to electing to proceed by way of summary conviction, that summary conviction proceedings were precluded by s. 721(2), he would, no doubt, have proceeded by indictment, as he ultimately did. The respondent in this case suffered no prejudice as a result of Crown counsel failing to notice prior to election that summary conviction proceedings were barred by s. 721(2). [p. 339]

[46] In *R. v. Phelps* (1993), 79 C.C.C. (3d) 550, the Ontario Court of Appeal aptly noted that “in view of the lengthy proceedings that have taken place through no fault of the appellant, [the Crown should] consider whether the interests of justice would be served by proceeding further with this charge, the seriousness of which it obviously deemed to be of a summary conviction nature” (p. 552). That decision, I agree, is best left to prosecutorial and not judicial discretion.

VII

[47] Finally, four observations regarding the reasons of Justice Charron.

[48] The first concerns the conceptual underpinning of my colleague’s entire analytical framework. Justice Charron finds that the Crown’s election to prosecute a hybrid offence by way of summary conviction, “while defining the process by which the charge will be dealt once laid, does not change the underlying character of the offence as indictable” (para. 74).

[49] With respect, I am unable to understand in what sense the “underlying character” of a hybrid offence remains indictable once the Crown has elected to proceed summarily. The trial is before a *different court* and follows a *different procedure*. The offender is subject, upon conviction, to a *different punishment*. An appeal against the decision

faisait état d’un acte criminel jusqu’à ce que le ministère public choisisse de considérer l’infraction comme une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire : voir *Re Abarca and The Queen* (1980), 57 C.C.C. (2d) 410, p. 413-414 (C.A. Ont.). La partie intimée en l’espèce n’a subi aucun préjudice du fait de l’erreur commise par l’avocat du ministère public. Si ce dernier s’était aperçu, avant de choisir la procédure sommaire, que cette voie était interdite par le par. 721(2), il aurait certainement utilisé la mise en accusation, comme il l’a finalement fait. La partie intimée en l’espèce n’a subi aucun préjudice du fait que l’avocat du ministère public ne s’est pas rendu compte, avant de faire le choix, que le recours à la procédure sommaire était exclu par le par. 721(2). [p. 339]

[46] Dans *R. c. Phelps* (1993), 79 C.C.C. (3d) 550, la Cour d’appel de l’Ontario a fait judicieusement observer que, [TRADUCTION] « étant donné la longueur des procédures en l’absence de toute faute de l’appelant, [le ministère public devrait] se demander s’il serait conforme aux intérêts de la justice de continuer la poursuite relative à cette accusation, dont il estimait manifestement que la gravité était celle d’une infraction punissable par procédure sommaire » (p. 552). Il est préférable, j’en conviens, que cette décision relève du pouvoir discrétionnaire du poursuivant et non de celui du juge.

VII

[47] Enfin, quatre observations concernant les motifs de la juge Charron.

[48] La première concerne le fondement conceptuel du cadre analytique intégral de ma collègue. Selon la juge Charron, le choix du ministère public de poursuivre une infraction mixte par voie de procédure sommaire, « même s’il dicte la façon dont l’accusation sera traitée lorsqu’elle sera portée, ne change aucunement la nature sous-jacente de l’infraction, qui reste un acte criminel » (par. 74).

[49] Avec égards, il m’est impossible de saisir dans quel sens la « nature sous-jacente » d’une infraction mixte fait qu’elle reste un acte criminel une fois que le ministère public a choisi une poursuite par procédure sommaire. Le procès a lieu devant un *tribunal différent* et suit une *procédure différente*. Si le défendeur est reconnu

at trial goes to a *different court of appeal*. Under various federal and provincial statutes, conviction for a hybrid offence prosecuted summarily carries with it, not only in respect of sentence but in other respects as well, *different consequences* than a conviction on indictment: See, for example, the *Criminal Records Act*, R.S.C. 1985, c. C-47, s. 4; the *Citizenship Act*, R.S.C. 1985, c. C-29, s. 22; and the *Ontario Juries Act*, R.S.O. 1990, c. J.3, s. 4. Finally, Parliament has expressly provided, in s. 34(1)(c) of the *Interpretation Act*, that “no person [prosecuted summarily for a hybrid offence] shall be considered to have been convicted of an indictable offence”.

[50] In what sense, then, does a hybrid offence retain its “underlying character” as an indictable offence once the Crown has elected to proceed by way of summary conviction? I am unable to identify any. On the contrary, the hybrid offence takes on the “underlying character” of a summary conviction offence and is in every respect governed by the provisions of Part XXVII of the *Criminal Code*. In my view, there is no principled reason for making of s. 786(2) an exception to this rule.

[51] Second, Justice Charron finds that “s. 786(2) speaks to the institution of the proceeding, not the Crown election” (para. 61). That, of course, is so. But hybrid offences prosecuted summarily are instituted by the laying of an information and *not* by the Crown’s election. In virtue of s. 788, they commence with the laying of that information; and in virtue of s. 786(2) they cannot be commenced more than six months after the offence is alleged to have occurred. Accordingly, it is *because* s. 786(2) “speaks to the institution of proceedings, not the Crown election” that the Crown may elect to proceed summarily at any time, *provided that the information was sworn no more than six months after the date of the alleged*

coupable, il se verra infliger une *peine différente*. Un appel de la décision du juge du procès est porté devant une *cour d’appel différente*. Aux termes de diverses lois fédérales et provinciales, la déclaration de culpabilité d’une infraction mixte poursuivie par procédure sommaire entraîne, non seulement à l’égard de la peine mais à d’autres égards également, des *conséquences différentes* de celles qu’entraîne la déclaration de culpabilité par voie de mise en accusation. Voir, par exemple, la *Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. 1985, ch. C-47, art. 4; la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. 1985, ch. C-29, art. 22; et la *Loi sur les jurys* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. J.3, art. 4. Enfin, le législateur a prévu expressément, à l’al. 34(1)c) de la *Loi d’interprétation*, que « la personne déclarée coupable de l’infraction [mixte] par procédure sommaire n’est pas censée avoir été condamnée pour un acte criminel ».

[50] Dans quel sens peut-on dire, alors, qu’une infraction mixte conserve la « nature sous-jacente » d’un acte criminel dès lors que le ministère public a choisi une poursuite par procédure sommaire? Je ne puis en discerner aucun. Au contraire, l’infraction mixte prend la « nature sous-jacente » d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et elle est à tous égards régie par les dispositions de la partie XXVII du *Code criminel*. Je suis d’avis qu’aucune raison logique ne permet de faire du par. 786(2) une exception à cette règle.

[51] Deuxièmement, selon la juge Charron, « le par. 786(2) traite de l’introduction des procédures, non du choix du mode de poursuite par le ministère public » (par. 61). C’est bien le cas. Mais les poursuites par procédure sommaire relatives aux infractions mixtes sont introduites par le dépôt d’une dénonciation et *non* par le choix du mode de poursuite que fait le ministère public. Aux termes de l’art. 788, elle débute par le dépôt de cette dénonciation, et aux termes du par. 786(2), elles ne peuvent débiter plus de six mois après que l’infraction aurait été commise. Par conséquent, *c’est parce que* le par. 786(2) « traite de l’introduction des procédures, non du choix du mode de poursuite par le ministère public » que ce dernier peut en tout temps

offence—and otherwise only with the consent of the accused.

[52] Third, Justice Charron states (at para. 60) that “[t]here is a conflicting body of jurisprudence, all stemming from this Court’s decision in . . . *Karpinski* . . . on the effect of a ‘mistaken’ Crown election to proceed summarily in respect of a dual procedure offence on an information laid more than six months after the offence was allegedly committed.” My colleague’s statement should not be misunderstood: *Not a single Canadian decision drawn to our attention has held that the limitation period for summary conviction offences is inapplicable to hybrid offences prosecuted summarily*. On this issue, there is no jurisprudential conflict whatever.

[53] Thus, in *Karpinski*, all members of the Court agreed that the limitation period applied. This understanding of the law has prevailed in Canada for well over 100 years: *R. v. Edwards* (1898), 2 C.C.C. 96 (Ont. H.C.J.). And it has since *Karpinski* been twice re-affirmed by this Court, first in *R. v. Machacek*, [1961] S.C.R. 163, and again in *Petersen v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 493. Any “conflict” in the jurisprudence relates to entirely different questions that *confirm* the applicability of the limitation period to hybrid offences prosecuted summarily, differing only as to whether a statute-barred prosecution goes to jurisdiction or is a matter of defence. I have dealt with this branch of the matter above, at paras. 21 and following.

[54] Finally, Justice Charron states, at para. 74, that “in those jurisdictions where cases are screened before charges are laid, a dual procedure offence is still instituted as an indictable offence under s. 504 or 505”. On the contrary, and with the greatest of respect, I believe the opposite is true. In

opter pour une poursuite par procédure sommaire, *pourvu que la dénonciation ait été faite dans les six mois suivant la date de l’infraction reprochée* — et autrement, seulement avec le consentement de l’accusé.

[52] Troisièmement, la juge Charron affirme (au par. 60) que « [l]’arrêt de notre Cour [dans l’affaire] *Karpinski* [. . .] a donné lieu à une jurisprudence contradictoire au sujet de l’effet d’un choix “erroné” du ministère public de poursuivre par procédure sommaire dans le cas d’une infraction mixte fondée sur une dénonciation déposée plus de six mois après que l’infraction aurait été commise. » Il ne faudrait pas que l’affirmation de ma collègue soit mal comprise. *Aucune décision canadienne portée à notre attention n’a statué que le délai de prescription des infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ne s’applique pas à l’égard des infractions mixtes poursuivies par procédure sommaire*. Sur ce point, il n’existe absolument aucun conflit jurisprudentiel.

[53] Ainsi, dans *Karpinski*, tous les membres de la Cour étaient d’accord pour dire que la prescription s’appliquait. Cette interprétation du droit prévaut au Canada depuis plus de cent ans : *R. c. Edwards* (1898), 2 C.C.C. 96 (H.C.J. Ont.). Et depuis l’arrêt *Karpinski*, cette Cour l’a confirmé à deux reprises, d’abord dans *R. c. Machacek*, [1961] R.C.S. 163, puis à nouveau dans *Petersen c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 493. Tout « conflit » dans la jurisprudence a trait à des questions complètement différentes qui *confirment* l’applicabilité du délai de prescription aux infractions mixtes poursuivies par procédure sommaire, ces décisions différant seulement sur la question de savoir si une poursuite interdite par la loi touche une question de compétence ou une question de moyen de défense. J’ai examiné cet aspect précédemment aux par. 21 et suiv.

[54] Enfin, la juge Charron affirme, au par. 74, que « là où les dossiers font l’objet d’un filtrage avant que des accusations soient portées, les procédures relatives aux infractions mixtes sont encore introduites par voie de mise en accusation en vertu des art. 504 ou 505 ». Avec égards, j’estime que

screening proposed prosecutions, Crown counsel are expected to determine whether charges are justified and, in the case of hybrid offences, whether they should be prosecuted summarily or by indictment. Where Crown counsel determines that the case should be prosecuted summarily, it would at the very least be incongruous to then proceed as if by indictment — and nothing in the materials before us suggests that this is done. It is more plausible to assume that where the Crown authorizes summary proceedings, they are instituted under s. 788 of the *Code* — in accordance with the Crown's decision to prosecute summarily.

[55] In short, my colleague's position — which was not raised by the parties or by the intervener — is incompatible with the text of the relevant provisions of the *Code*, inconsistent with more than a century of judicial decisions (including *Karpinski*), and contrary to how the law has always and universally been understood by lawyers and commentators alike. It is contrary as well to the position taken by the Director of Public Prosecutions of Canada in this Court when invited to do so,² in instructions to federal prosecutors across the country,³ and by the Federal Department of Justice in Parliament when s. 786(2) was amended.⁴

VIII

[56] In the result, I would dismiss the appeal, set aside the decision of the trial judge and let justice

² Supplementary Factum, Intervener Director of Public Prosecutions.

³ *The Federal Prosecution Service Deskbook*, Section 19.2.1 (updated 2002).

⁴ Senior Counsel, Department of Justice Criminal Law Policy Section, before the Standing Committee on Justice and Human Rights, at 0930 (October 20, 1998).

c'est tout le contraire. Au cours du filtrage des poursuites envisagées, les représentants du ministère public sont appelés à déterminer si des poursuites sont justifiées et, dans le cas des infractions mixtes, si ces poursuites devraient être intentées par procédure sommaire ou par voie de mise en accusation. Si le représentant du ministère public décide qu'il faudrait recourir à la procédure sommaire, il serait à tout le moins incongru de procéder comme s'il s'agissait d'une poursuite par voie de mise en accusation — et rien dans la preuve documentaire devant nous ne permet de croire que l'on procède ainsi. Il est plus plausible de supposer que si le ministère public autorise des poursuites par procédure sommaire, elles sont intentées en vertu de l'art. 788 du *Code* — conformément à la décision de recourir à la procédure sommaire.

[55] En bref, la thèse de ma collègue — qui n'a pas été soulevée par les parties ou l'intervenant — est incompatible avec le texte des dispositions pertinentes du *Code*; elle est incompatible avec les décisions judiciaires sur cette question rendues depuis plus d'un siècle (y compris l'arrêt *Karpinski*), et elle est contraire à la façon dont les avocats ainsi que les auteurs ont toujours et universellement interprété le droit. Elle est également contraire à la position que le directeur des poursuites pénales du Canada a prise devant cette Cour lorsqu'il a été invité à le faire², aux instructions adressées aux procureurs de l'État partout au pays³ ainsi qu'aux propos qu'a tenus le ministère fédéral de la Justice devant le Parlement lorsque le par. 786(2) a été modifié⁴.

VIII

[56] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, d'annuler la décision du juge du procès et

² Mémoire supplémentaire de l'intervenant, le directeur des poursuites pénales.

³ *Guide du Service fédéral des poursuites*, section 19.2.1 (mise à jour en 2002).

⁴ L'avocat-conseil, Section de la politique en matière de droit pénal du ministère de la Justice, devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne, à 0930 (le 20 octobre 1998).

take its course in accordance with the governing principles set out in these reasons.

The reasons of Deschamps, Charron and Rothstein JJ. were delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

[57] The appellant, Kristy Leanne Dudley, was charged with one count of fraud not exceeding \$5,000 under s. 380(1)(b), and one count of uttering a forged document under s. 368(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, both dual procedure offences which allow the Crown to proceed either by indictment or by summary conviction. The Crown elected to proceed summarily. When the matter came before the trial court for an expected guilty plea, counsel for Ms. Dudley noticed that the information had been sworn more than six months after the offences were alleged to have been committed. Counsel therefore argued that the information was a nullity on the basis that it was statute-barred under s. 786(2) of the *Criminal Code*. The Crown sought leave to re-elect to proceed by indictment, or in the alternative to withdraw the information. Counsel for Ms. Dudley objected, arguing that a judicial stay would probably be appropriate as his client had “no resolution other than a guilty plea” and the extent of her jeopardy increased if this matter proceeded by indictment. The trial judge denied both Crown requests, on the ground that the information was “out of time” and “a nullity” (2006 CarswellAlta 2115, at para. 3).

[58] The Crown appealed to the Alberta Court of Appeal. The Court of Appeal set aside the trial court’s decision, holding that an information is not invalidated by the Crown’s mistaken election

de laisser la justice suivre son cours en conformité avec les principes directeurs exposés dans les présents motifs.

Version française des motifs des juges Deschamps, Charron et Rothstein rendus par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

[57] L’appelante, Kristy Leanne Dudley, a été inculpée d’un chef de fraude de moins de cinq mille dollars en vertu de l’al. 380(1)b) et d’un chef d’emploi d’un document contrefait en vertu de l’al. 368(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Il s’agit dans les deux cas d’infractions mixtes que le ministère public peut poursuivre par voie de mise en accusation ou par procédure sommaire. Le ministère public a choisi une poursuite par procédure sommaire. Lorsque l’affaire a été soumise au tribunal de première instance en vue du plaidoyer de culpabilité prévu, l’avocat de M^{me} Dudley a constaté que le dépôt de la dénonciation remontait à plus de six mois après la date à laquelle les infractions auraient été commises. L’avocat a donc invoqué le par. 786(2) du *Code criminel* et plaidé que la dénonciation était nulle parce que prescrite. Le ministère public a demandé l’autorisation de faire un nouveau choix et de procéder par voie de mise en accusation ou, sinon, de retirer la dénonciation. L’avocat de M^{me} Dudley s’est opposé à cette demande, affirmant qu’il conviendrait peut-être d’ordonner l’arrêt des procédures, puisque sa cliente n’avait [TRADUCTION] « pas de solution autre qu’un plaidoyer de culpabilité » et qu’il y avait un risque plus grand de conséquences sérieuses dans une poursuite par voie de mise en accusation. Le juge du procès a rejeté les deux demandes du ministère public au motif que la dénonciation avait été faite [TRADUCTION] « hors délai » et était [TRADUCTION] « une nullité » (2006 CarswellAlta 2115, par. 3).

[58] À l’issue de l’appel interjeté par le ministère public, la Cour d’appel de l’Alberta a annulé la décision du tribunal de première instance. Elle a statué, d’une part, qu’une dénonciation n’est pas

to proceed summarily, nor is the Crown precluded from re-electing to proceed by indictment once the error is discovered, “unless the evidence discloses an abuse of process arising from improper Crown motive, or resulting prejudice to the accused sufficient to violate the community’s sense of fair play and decency” (2008 ABCA 73, 231 C.C.C. (3d) 80, at para. 1). The matter was therefore remitted to the trial court, for the Crown to apply to re-elect to proceed by indictment on the information, or alternatively to withdraw the information and proceed by indictment on a new information.

[59] Ms. Dudley appeals to this Court, arguing that the trial judge’s decision was, in effect, an implicit determination that a stay of the charges was appropriate and, as such, an exercise of judicial discretion which ought not to have been interfered with by the Court of Appeal. She therefore asks that the trial court’s decision be reinstated, disallowing the Crown to re-elect or to proceed with the matter by indictment.

[60] There is a conflicting body of jurisprudence, all stemming from this Court’s decision in *R. v. Karpinski*, [1957] S.C.R. 343, on the effect of a “mistaken” Crown election to proceed summarily in respect of a dual procedure offence on an information laid more than six months after the offence was allegedly committed. In all cases, much as in the case at bar, it was simply assumed that s. 786(2) of the *Criminal Code* operated to bar a proceeding by summary conviction in respect of a dual procedure offence, without asking whether the six-month prescription applies at all to such offences. In this appeal, this precise issue was canvassed at the hearing before this Court, following which the parties and the Director of Public Prosecutions, as interveners, filed supplementary submissions. Ms. Dudley argues that dual procedure offences are

invalide du fait que le ministère public s’est trompé en optant pour une poursuite par procédure sommaire, et, d’autre part, que le ministère public n’est pas empêché de faire un nouveau choix et de poursuivre par voie de mise en accusation dès que l’erreur est constatée, [TRADUCTION] « à moins que la preuve révèle un abus de procédure découlant du caractère illégitime des motifs du ministère public ou que soit causé à l’accusé un préjudice suffisant pour porter atteinte au sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société » (2008 ABCA 73, 231 C.C.C. (3d) 80, par. 1). L’affaire a en conséquence été renvoyée au tribunal de première instance afin que le ministère public demande de faire un nouveau choix et d’opter pour des procédures par voie de mise en accusation fondées sur la dénonciation, ou encore qu’il retire la dénonciation et intente une poursuite par voie de mise en accusation fondée sur une nouvelle dénonciation.

[59] Dans son appel à notre Cour, M^{me} Dudley prétend que le premier juge a effectivement décidé implicitement qu’il convenait d’ordonner un arrêt des accusations, exerçant ainsi un pouvoir discrétionnaire dans lequel la cour d’appel n’aurait pas dû intervenir. Elle nous demande par conséquent de rétablir la décision du tribunal de première instance et de refuser que le ministère public fasse un nouveau choix ou poursuive l’affaire par voie de mise en accusation.

[60] L’arrêt de notre Cour *R. c. Karpinski*, [1957] R.C.S. 343, a donné lieu à une jurisprudence contradictoire au sujet de l’effet d’un choix « erroné » du ministère public de poursuivre par procédure sommaire dans le cas d’une infraction mixte fondée sur une dénonciation déposée plus de six mois après que l’infraction aurait été commise. Dans tous les cas, comme dans celui qui nous occupe, on a simplement supposé que le par. 786(2) du *Code criminel* empêchait le recours à la procédure sommaire à l’égard d’une infraction mixte, sans même se demander si la prescription de six mois s’applique à ces infractions. Dans le présent appel, cette question précise a été débattue à l’audience devant cette Cour, après quoi les parties et l’intervenant, le directeur des poursuites pénales, ont déposé des mémoires supplémentaires. M^{me} Dudley plaide que

subject to the general limitation period under s. 786(2). The intervener supports her position. The Crown, on the other hand, takes the position that the general limitation period under s. 786(2) cannot govern the institution of proceedings in respect of dual procedure offences, as these offences are deemed indictable at law.

[61] Having considered those submissions, I have come to the conclusion that s. 786(2) only operates as a general bar to the institution of proceedings more than six months after the alleged offence in respect of summary conviction offences. Dual procedure offences are deemed indictable offences by operation of s. 34 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, and, as such, not subject to any general limitation period under the *Criminal Code*. Proceedings in respect of dual procedure offences may therefore be instituted beyond the six-month period. Further, s. 786(2) speaks to the institution of the proceeding, not the Crown election. Therefore, nothing in the provision bars the Crown from electing to proceed either by indictment or by summary conviction in respect of such offences.

[62] Consequently, I would confirm the Court of Appeal's judgment setting aside the trial court's decision, but would remit the matter to the trial court to proceed by *summary conviction* in accordance with the Crown's election.

2. Analysis

[63] The first question in this case is whether the limitation period in s. 786(2) applies to dual procedure offences. In light of my conclusion that it does not, this is the only question that need be answered. Resolving this issue is a matter of statutory interpretation, which requires ascertaining Parliament's intent. Before interpreting the provision in question, I will briefly discuss the nature and purpose of dual procedure offences.

les infractions mixtes sont assujetties à la période de prescription générale que prévoit le par. 786(2). L'intervenant appuie sa position. Par contre, le ministère public prétend que la période de prescription générale prévue au par. 786(2) ne peut régir l'introduction de procédures relatives à des infractions mixtes, puisque ces dernières sont, en droit, réputées des actes criminels.

[61] J'ai examiné ces mémoires et je suis arrivée à la conclusion que le par. 786(2) a uniquement pour effet d'empêcher de façon générale que des poursuites soient intentées plus de six mois après l'infraction reprochée dans le cas des infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Par l'effet de l'art. 34 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, les infractions mixtes sont réputées des actes criminels et, de ce fait, elles ne sont visées par aucune période de prescription générale prévue au *Code criminel*. Pour ce qui est des infractions mixtes, les procédures peuvent donc être intentées après la période de six mois. En outre, le par. 786(2) traite de l'introduction des procédures, non du choix du mode de poursuite par le ministère public. Par conséquent, cette disposition n'empêche nullement le ministère public de choisir, à l'égard de ces infractions, la procédure par mise en accusation ou la procédure sommaire.

[62] Je suis donc d'avis de confirmer le jugement de la Cour d'appel annulant la décision du tribunal de première instance, mais de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance pour qu'elle soit instruite par *procédure sommaire* conformément au choix du ministère public.

2. Analyse

[63] En l'espèce, la première question est de savoir si le délai de prescription prévu au par. 786(2) s'applique aux infractions mixtes. Comme j'ai conclu précédemment que ce n'est pas le cas, il s'agit de la seule question appelant une réponse. Trancher cette question est affaire d'interprétation législative, ce qui requiert que l'on détermine l'intention du législateur. Avant d'interpréter la disposition en cause, je vais examiner brièvement la nature et la raison d'être des infractions mixtes.

2.1 *Dual Procedure Offences*

[64] The *Criminal Code* creates two categories of offences: summary conviction offences and indictable offences. Since indictable offences are more serious, a prosecution by indictment triggers additional procedural safeguards and a conviction attracts more severe penalties. Some offences may be prosecuted either summarily or by indictment, at the Crown's discretion. These offences are commonly known as "hybrid offences", but this term is misleading if it suggests that there exists a third category of offences. As discussed below, these offences are deemed at law to be indictable offences; they do not occupy a third category. I will therefore refer to these hybrid offences as "dual procedure offences".

[65] Parliament's enactment of dual procedure offences recognizes that certain crimes can be more or less serious depending on the circumstances and provides the Crown with discretion to choose the most appropriate procedure and range of potential penalties. For example, the offence of fraud under \$5,000 — one of the charges in this case — can embrace criminal activity ranging from a young first offender switching price tickets on an item in a department store, to a repeat offender wrongfully appropriating the savings account of a vulnerable person under his or her care. The Crown prosecutor chooses the procedure that best fits the particular offence and offender. As this Court has recognized, discretion, including prosecutorial discretion, is an "essential feature of the criminal justice system" which will not be lightly interfered with: *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 410; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372.

2.1 *Les infractions mixtes*

[64] Le *Code criminel* crée deux catégories d'infractions : les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par mise en accusation. Comme ces dernières sont plus graves, une poursuite par voie de mise en accusation enclenche l'application de garanties procédurales additionnelles et une condamnation entraîne des peines plus sévères. Certaines infractions peuvent, au choix du ministère public, être poursuivies soit par procédure sommaire, soit par voie de mise en accusation. Ces infractions sont communément appelées « infractions mixtes », mais cette expression est trompeuse si elle suppose l'existence d'une troisième catégorie d'infractions. Comme nous le verrons, ces infractions sont réputées, en droit, être des actes criminels; elles ne forment pas une troisième catégorie. Lorsque j'emploie l'expression « infractions mixtes », j'entends donc par là l'existence de deux modes de poursuite.

[65] Lorsqu'il crée des infractions mixtes, le législateur fédéral reconnaît que certains crimes peuvent être plus ou moins graves selon les circonstances. Il accorde donc au ministère public la faculté de choisir la procédure la plus appropriée, ainsi qu'une gamme de peines possibles. Par exemple, la fraude de moins de cinq mille dollars — une des infractions en cause en l'espèce — peut englober des activités criminelles allant du simple fait, pour un jeune contrevenant à sa première infraction, d'intervertir les étiquettes de prix sur des articles dans un magasin à rayon, au fait, pour un récidiviste, de s'approprier illégalement l'argent du compte d'épargne d'une personne vulnérable dont il a soin. Le représentant du ministère public choisit la procédure qui convient le mieux compte tenu de l'infraction et du délinquant en cause. Comme notre Cour l'a reconnu, le pouvoir discrétionnaire, notamment celui du poursuivant, est « une caractéristique essentielle de la justice criminelle » qu'il faut se garder de modifier à la légère : *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, p. 410; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372.

[66] With few exceptions, the decision to proceed summarily or by way of indictment in Canada has always been the Crown prosecutor's. This Court made this explicit in *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680, at p. 686, when it adopted the following statement from the Quebec Court of Appeal: "If an authority such as the Attorney-General can have the right to decide whether or not a person shall be prosecuted, surely he may, if authorized by statute, have the right to decide what form the prosecution shall take": *R. v. Court of Sessions of the Peace, ex parte Lafleur*, [1967] 3 C.C.C. 244, at p. 248. Justice Fish, at para. 17, points to s. 501 of the 1927 version of the *Criminal Code* which, exceptionally, left the choice to the accused. The operative part of s. 501 read as follows: "Every one is guilty of an offence punishable, at the option of the accused, on indictment or on summary conviction before two justices and liable on conviction to a fine not exceeding one hundred dollars, or to three months' imprisonment with or without hard labour . . .". Since the potential range of penalties on conviction of this offence was the same whichever procedural route was chosen, in effect, s. 501 gave the accused the choice of trial forum, a choice that is commonly left with the accused. In any event, the wording of s. 501 appears to be an anomaly as it is not replicated in any other provision in that version of the *Criminal Code*.

2.2 *The Words of the Statute*

[67] I now turn to the question of statutory interpretation. The starting point in interpreting statutes is the wording of the provision. The provision in question is found at the commencement of Part XXVII of the *Criminal Code*, entitled "Summary Convictions". A number of definitions are set out in s. 785, then s. 786 provides the following:

786. (1) Except where otherwise provided by law, this Part applies to proceedings as defined in this Part.

[66] À quelques exceptions près, au Canada, la décision d'engager la poursuite par procédure sommaire ou par voie de mise en accusation a toujours appartenu au représentant du ministère public. Notre Cour l'a énoncé expressément dans l'arrêt *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680, p. 686, lorsqu'elle a fait siens les propos suivants de la Cour d'appel du Québec dans *R. c. Court of Sessions of the Peace, ex parte Lafleur*, [1967] 3 C.C.C. 244, p. 248 : « Si une personne ayant autorité, telle que le Procureur général, peut avoir le droit de décider si une personne sera poursuivie ou non, elle peut à coup sûr, si la loi l'y autorise, avoir le droit de déterminer la forme que prendra la poursuite. » Au paragraphe 17, le juge Fish signale que, en 1927, l'art. 501 du *Code criminel* laissait exceptionnellement à l'accusé le choix de la forme de la poursuite. La partie essentielle de l'art. 501 est rédigée ainsi : « Est coupable d'une infraction punissable, au choix de l'accusé, par voie de mise en accusation ou après déclaration sommaire de culpabilité devant deux juges de paix, et passible, sur déclaration de culpabilité, d'une amende de cent dollars au plus ou d'un emprisonnement de trois mois avec ou sans travaux forcés . . . ». Comme la gamme possible des peines prévues en cas de déclaration de culpabilité pour cette infraction était la même pour les deux formes de procédure, l'art. 501 donnait effectivement à l'accusé le choix de la forme du procès, un choix qui est normalement laissé à sa discrétion. Quoi qu'il en soit, il semble que la formulation de l'art. 501 soit une anomalie, puisqu'on ne la retrouve dans aucune autre disposition de cette édition du *Code criminel*.

2.2 *Le libellé de la loi*

[67] J'aborde maintenant la question de l'interprétation législative. L'interprétation des lois commence par un examen du libellé de la disposition en cause. Celle-ci se trouve au début de la partie XXVII du *Code criminel* intitulée « Déclarations de culpabilité par procédure sommaire ». L'article 785 contient un certain nombre de définitions, puis l'art. 786 prévoit ce qui suit :

786. (1) Sauf disposition contraire de la loi, la présente partie s'applique aux procédures définies dans cette partie.

(2) No proceedings shall be instituted more than six months after the time when the subject-matter of the proceedings arose, unless the prosecutor and the defendant so agree.

The relevant part of the definition of “proceedings” under s. 785 reads as follows:

“proceedings” means

(a) proceedings in respect of offences that are declared by an Act of Parliament or an enactment made thereunder to be punishable on summary conviction

[68] Ms. Dudley claims that since dual procedure offences are “punishable on summary conviction”, s. 786(2) applies to them. As she points out, nothing in para. (a) of the definition of “proceedings” in s. 785 suggests that an offence must be punishable *exclusively* on summary conviction to fall within the definition. True enough, but this argument only brings us so far. While the definition of “proceedings” is wide enough to include dual procedure offences, Part XXVII only applies “[e]xcept where otherwise provided by law”. For example, it is obvious that many of the provisions contained in Part XXVII do not apply to dual procedure offences when the Crown elects to proceed by indictment. Other provisions of the *Criminal Code* govern instead. Therefore, the definition of “proceedings” does not answer the question whether the limitation provision under s. 786(2) applies to dual procedure offences. The fact that the provision deals with the *institution* of the proceedings, in my view, provides more fruitful ground to ascertain its meaning.

[69] Section 786(2) states that proceedings shall not be “instituted” outside of the six-month limitation period. Proceedings relating to summary conviction offences are instituted pursuant to s. 788(1) of the *Code*; proceedings relating to indictable offences are instituted pursuant to s. 504 or 505 of the *Code*. In either case, instituting the procedure requires laying an information in Form 2. Thus, the *Criminal Code* provides two routes to

(2) À moins d’une entente à l’effet contraire entre le poursuivant et le défendeur, les procédures se prescrivent par six mois à compter du fait en cause.

Le passage pertinent de la définition de « procédures » à l’art. 785 est rédigé ainsi :

« procédures »

a) Procédures à l’égard d’infractions qu’une loi fédérale, ou toute disposition établie sous son régime, déclare punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire

[68] Madame Dudley prétend que, comme les infractions mixtes sont « punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire », le par. 786(2) s’applique à ces infractions. Elle souligne que l’al. a) de la définition de « procédures » à l’art. 785 n’indique nullement qu’une infraction doit être punissable *exclusivement* sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire pour être visée par la définition. C’est exact, mais cet argument ne mène pas vraiment plus loin. Même si la définition de « procédures » est suffisamment vaste pour englober les infractions mixtes, la partie XXVII s’applique uniquement « [s]auf disposition contraire de la loi ». Par exemple, il est évident que bon nombre des dispositions de la partie XXVII ne s’appliquent pas aux infractions mixtes lorsque le ministère public choisit la procédure par voie de mise en accusation. Ce sont plutôt d’autres dispositions du *Code criminel* qui s’appliquent. Par conséquent, la définition de « procédures » ne répond pas à la question de savoir si les infractions mixtes sont visées par le délai de prescription prévu au par. 786(2). Selon moi, le fait que la disposition traite de l’*introduction* des procédures se veut un terrain plus fertile pour en dégager le sens.

[69] Aux termes du par. 786(2), les procédures se « prescrivent » par six mois. Les procédures relatives aux infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire sont introduites en vertu du par. 788(1) du *Code*; celles relatives aux actes criminels sont introduites en vertu des art. 504 ou 505 du *Code*. Dans les deux cas, l’introduction des procédures exige le dépôt d’une dénonciation rédigée selon la formule 2.

the same result. There is no third route in respect of dual procedure offences — this reflects the fact that, as stated earlier, there is no third category of “hybrid” offences.

[70] The question therefore becomes whether dual procedure offences are instituted pursuant to s. 788(1) or pursuant to s. 504 or 505. Section 34(1) of the *Interpretation Act* makes it clear that it is the latter, as s. 34(1)(a) deems a dual procedure offence to be an indictable offence. The provision reads as follows:

34. (1) Where an enactment creates an offence,

(a) the offence is deemed to be an indictable offence if the enactment provides that the offender may be prosecuted for the offence by indictment;

(b) the offence is deemed to be one for which the offender is punishable on summary conviction if there is nothing in the context to indicate that the offence is an indictable offence; and

(c) if the offence is one for which the offender may be prosecuted by indictment or for which the offender is punishable on summary conviction, no person shall be considered to have been convicted of an indictable offence by reason only of having been convicted of the offence on summary conviction.

[71] The import of s. 34(1) of the *Interpretation Act* is that dual procedure offences are deemed to be indictable offences, so the proceedings are commenced pursuant to s. 504 or 505, not s. 788(1). As a result, the proceedings are never “instituted” under Part XXVII within the meaning of s. 788(1), and the limitation period does not apply to these offences. Any subsequent Crown election to proceed summarily does not retroactively invalidate the institution of the proceeding.

[72] Further, as the wording of s. 34(1) of the *Interpretation Act* indicates, the characterization of a dual procedure offence as an indictable offence

Ainsi, le *Code criminel* établit deux voies menant au même résultat. Il n’y a pas de troisième voie dans le cas des infractions mixtes — ce qui illustre le fait, comme je l’ai dit précédemment, qu’il n’existe pas une troisième catégorie d’infractions qui seraient « mixtes ».

[70] La question devient donc de savoir si, dans le cas des infractions mixtes, les procédures sont introduites en vertu du par. 788(1) ou en vertu des art. 504 ou 505. Le paragraphe 34(1) de la *Loi d’interprétation* indique clairement que ces procédures sont introduites en vertu de ces derniers articles car, aux termes de l’al. 34(1)a), les infractions mixtes sont réputées des actes criminels. Voici le texte de cette disposition :

34. (1) Les règles suivantes s’appliquent à l’interprétation d’un texte créant une infraction :

a) l’infraction est réputée un acte criminel si le texte prévoit que le contrevenant peut être poursuivi par mise en accusation;

b) en l’absence d’indication sur la nature de l’infraction, celle-ci est réputée punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire;

c) s’il est prévu que l’infraction est punissable sur déclaration de culpabilité soit par mise en accusation soit par procédure sommaire, la personne déclarée coupable de l’infraction par procédure sommaire n’est pas censée avoir été condamnée pour un acte criminel.

[71] Il ressort du par. 34(1) de la *Loi d’interprétation* que les infractions mixtes sont réputées des actes criminels, de sorte que les procédures sont introduites en vertu des art. 504 ou 505 et non en vertu du par. 788(1). Par conséquent, les procédures ne sont jamais « introduites » en vertu de la partie XXVII suivant le par. 788(1), et le délai de prescription ne s’applique pas aux infractions mixtes. Tout choix subséquent de la procédure sommaire par le ministère public n’invalide pas rétroactivement l’introduction des procédures.

[72] De plus, comme l’indique le texte du par. 34(1) de la *Loi d’interprétation*, le fait est que les infractions mixtes demeurent qualifiées d’acte

endures. Paragraph (a) provides no suggestion that the dual procedure offence ever ceases being deemed indictable. In addition, the safeguarding provision under para. (c) would not be necessary if a summary election or plea negated the deeming provision in para. (a). Therefore, subsequent events — notably the Crown's election to proceed by way of summary conviction or the accused's decision to plead guilty to a summary conviction offence pursuant to s. 606(4) — do not affect the original characterization. They do affect the procedure that is followed, the penalty that may be imposed, and the effect of a conviction — as Fish J. notes in his reasons, where the Crown elects to proceed summarily, the dual procedure offence acquires the same characteristics as a pure summary offence in all those important respects and indeed, as he points out, the offence has been described by many courts as having *ceased* to be indictable at that point. (See paras. 21-22.) While this view may accurately reflect the practical *effects* of the Crown election from a procedural standpoint, there is no support in the wording of s. 34 to say that the offence, from a substantive standpoint, is no longer indictable. If it were otherwise and the offence ceased to be characterized as an indictable offence upon the Crown electing to proceed summarily, there would be no basis in law for the Crown to “re-elect” and continue the proceedings by indictment. In my respectful view, the Crown's choice of procedural route does not change the original characterization of the offence as an indictable offence.

[73] The extent to which the original characterization of the offence carries the day in any particular context has been the subject of debate in other contexts. For example, the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Connors* (1998), 121 C.C.C. (3d) 358, came to the conclusion that dual procedure offences retained their character as indictable offences in the context of the *Identification of Criminals Act*, R.S.C. 1985, c. I-1, which allows for

criminel. L'alinéa a) ne tend aucunement à indiquer que l'infraction mixte pourrait cesser d'être réputée un acte criminel. En outre, la protection énoncée à l'al. c) ne serait pas nécessaire si le choix de la procédure sommaire ou un plaidoyer écartait la présomption de l'al. a). Par conséquent, des événements subséquents — notamment le choix de la procédure sommaire par le ministère public ou la décision de l'accusé de plaider coupable à une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire conformément au par. 606(4) — ne modifient en rien la qualification initiale. Ils modifient la procédure à suivre, la peine qui peut être infligée et l'effet d'une déclaration de culpabilité. Comme le fait remarquer le juge Fish dans ses motifs, lorsque le ministère public opte pour la procédure sommaire, l'infraction mixte acquiert, à tous ces importants égards, les mêmes caractéristiques que l'infraction punissable seulement sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, et effectivement, comme il le signale, d'autres cours ont dit de l'infraction qu'elle avait cessé d'être un acte criminel à ce point. (Voir par. 21-22.) Bien que cette façon de voir puisse refléter adéquatement les *effets* pratiques du choix du ministère public du point de vue procédural, les termes de l'art. 34 ne permettent aucunement de dire que l'infraction, du point de vue du fond, ne soit plus un acte criminel. S'il en était autrement, et que l'infraction cesse d'être qualifiée d'acte criminel dès que le ministère public choisit de recourir à la procédure sommaire, aucune règle de droit ne permettrait au ministère public de « faire un nouveau choix » et de continuer les procédures par voie de mise en accusation. À mon humble avis, le choix de la voie procédurale par le ministère public ne modifie aucunement la qualification initiale de l'infraction, qui demeure un acte criminel.

[73] La mesure dans laquelle la qualification initiale de l'infraction emporte la décision dans certains contextes particuliers a fait l'objet de débats dans d'autres contextes. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Connors* (1998), 121 C.C.C. (3d) 358, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est arrivée à la conclusion que les infractions mixtes conservent leur qualification d'actes criminels dans le contexte de la *Loi sur l'identification des criminels*,

the fingerprinting of any person who is in lawful custody, charged or convicted of an indictable offence:

At least for the purposes of the *Identification of Criminals Act* the term “indictable offence” includes offences which may be prosecuted summarily, but they retain their character as indictable offences no matter how the Crown elects. The Crown election has an impact procedurally on how and in what court the charge proceeds and, as well, on the maximum penalty that may be imposed, but does not change the character of the offence. It remains an indictable offence.

(*Per* Cumming J.A. writing for a unanimous bench on this point, at para. 69.)

[74] The interpretation of the *Identification of Criminals Act* is not before us. Therefore suffice it for our purposes to conclude that the underlying characterization of the dual procedure offence as indictable certainly governs the institution of the process. The Crown’s election to proceed summarily, while defining the process by which the charge will be dealt once laid, does not change the underlying character of the offence as indictable. Therefore, it is of no moment when the Crown makes the decision. As noted by the intervener, in some jurisdictions the Crown’s election is sometimes expressly set out on the form or in the wording of the count before the information is laid. In my view, this causes no difficulties. Regardless of the timing of the Crown election, the offence is still deemed to be an indictable offence pursuant to the *Interpretation Act*. Another way of looking at it is the following. An election is not made in the abstract. It must relate to a proceeding. As matter of logic, the institution of the proceeding therefore must precede the election. Accordingly, in those jurisdictions where cases are screened before charges are laid, a dual procedure offence is still instituted as an indictable offence under s. 504 or 505, following which the election becomes immediately effective to govern the ensuing process accordingly.

L.R.C. 1985, ch. I-1, qui permet la prise des empreintes digitales de toute personne légalement détenue parce qu’elle est inculpée d’acte criminel ou qu’elle a été reconnue coupable d’un tel acte :

[TRADUCTION] Pour l’application de la *Loi sur l’identification des criminels* à tout le moins, l’expression « acte criminel » englobe les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, mais celles-ci demeurent des actes criminels peu importe le choix fait par le ministère public. Au plan procédural, ce choix a une incidence sur la forme du procès et le tribunal compétent, ainsi que sur la peine maximale qui peut être infligée, mais il ne change en rien la nature de l’infraction. Celle-ci demeure un acte criminel.

(Le juge Cumming au nom d’une cour unanime sur ce point, par. 69.)

[74] Nous ne sommes pas appelés à interpréter la *Loi sur l’identification des criminels*. Par conséquent, il suffit, pour notre propos, de conclure que la qualification sous-jacente de l’infraction mixte en tant qu’acte criminel régit certainement l’introduction des procédures. Le choix du ministère public d’emprunter la voie de la procédure sommaire, même s’il dicte la façon dont l’accusation sera traitée lorsqu’elle sera portée, ne change aucunement la nature sous-jacente de l’infraction, qui reste un acte criminel. Celle-ci n’a donc aucune incidence lorsque le ministère public prend sa décision. Comme l’a fait remarquer l’intervenant, dans certains endroits, le choix du ministère public est parfois indiqué expressément sur la formule ou dans la formulation du chef d’accusation avant le dépôt de la dénonciation. Selon moi, cela ne suscite aucune difficulté. Peu importe à quel moment le ministère public fait son choix, aux termes de la *Loi d’interprétation*, l’infraction est toujours réputée un acte criminel. La question peut aussi être envisagée de la manière suivante. Le choix n’est pas exercé de façon abstraite. Il doit avoir trait à une instance. Logiquement, l’introduction des procédures doit donc précéder le choix. Par conséquent, là où les dossiers font l’objet d’un filtrage avant que des accusations soient portées, les procédures relatives aux infractions mixtes sont encore introduites par voie de mise en accusation en vertu des art. 504 ou 505, après quoi le choix prend immédiatement effet pour régir en conséquence le processus qui en résulte.

2.3 *The Purpose of the Limitation Period*

[75] An examination of the purpose of the limitation provision supports the conclusion that Parliament did not intend to time-limit prosecutions of dual procedure offences.

[76] As one academic has noted, it is primarily the interests of the defendant that animate limitation periods in criminal law: P. G. Barton, “Why Limitation Periods in the Criminal Code?” (1998), 40 *Crim. L.Q.* 188. A central purpose is to allow those who commit minor offences to rest easy after a period: “. . . if the matter is of a level of seriousness of a summary conviction offence, it is not so significant that, after a time, a person should have to fear prosecution. He or she should be able to get on with life without the threat of a criminal proceeding hanging over his or her head. The seriousness of indictable matters overweighs this factor” (p. 190).

[77] In respect of dual procedure offences, as discussed above, Parliament has recognized that certain crimes may be more or less serious depending on the circumstances and has provided the Crown with broad discretion to choose the most appropriate procedure. It follows that Parliament considers dual procedure offences as more serious than pure summary conviction offences.

[78] It is of course open to Parliament to create limitation periods for all offences, some offences, or no offences. While Parliament has imposed a limitation period on summary conviction offences, the least serious crimes, it has not made the same choice regarding indictable offences. It has determined that the public interest in prosecuting these more serious offences outweighs the defendant’s interest in resting easy. It has also chosen that dual procedure offences are deemed to be

2.3 *La raison d’être de la prescription*

[75] Un examen de la raison d’être de la disposition relative à la prescription permet de conclure que le législateur n’entendait pas limiter le délai imparti pour engager les poursuites dans le cas des infractions mixtes.

[76] Comme un auteur l’a fait remarquer, c’est d’abord et avant tout dans l’intérêt du défendeur que le droit criminel prévoit des délais de prescription : P. G. Barton, « Why Limitation Periods in the Criminal Code? » (1998), 40 *Crim. L.Q.* 188. Ces délais ont principalement pour objet de permettre aux personnes qui ont commis des infractions mineures de dormir en paix après un certain temps : [TRADUCTION] « . . . si le degré de gravité de l’infraction correspond à celui d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, cette infraction n’est pas à ce point importante que, après un certain temps, une personne devrait continuer de craindre d’être poursuivie. Cette dernière devrait pouvoir vivre sans craindre la menace de poursuites criminelles. La gravité des actes criminels l’emporte sur cette considération » (p. 190).

[77] Dans le cas des infractions mixtes, comme je l’ai expliqué précédemment, le législateur a reconnu que certains crimes peuvent être plus ou moins graves selon les circonstances, et il a accordé au ministère public un vaste pouvoir discrétionnaire l’autorisant à choisir la procédure la plus appropriée. Par conséquent, le législateur considère que les infractions mixtes sont plus graves que les infractions punissables seulement sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

[78] Le législateur fédéral peut bien sûr créer des délais de prescription pour toutes les infractions ou pour certaines d’entre elles, comme il peut ne pas en créer du tout. Si le législateur a imposé un délai de prescription à l’égard des infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, les crimes les moins graves, il ne l’a pas fait pour les actes criminels. Il a décidé que l’intérêt que la société attache à la poursuite des infractions plus graves l’emporte sur l’intérêt du défendeur à dormir

indictable offences. In my view, imposing a limitation period on dual procedure offences would frustrate Parliament's purpose. Had Parliament wished to impose a limitation period on dual procedure offences, it could have expressly adverted to these offences in s. 786(2) or declined to deem them to be indictable offences in the *Interpretation Act*.

2.4 *The Consequences of the Interpretation*

[79] In my view, interpreting s. 786(2) to include dual procedure offences would have undesirable consequences: it would interfere with the fair and efficient administration of the criminal justice system.

[80] As many cases exemplify, including the case at bar, the consequence of imposing a limitation period on dual procedure offences is to force the Crown to proceed by way of indictment when it would otherwise pursue a summary conviction (unless the accused consented to summary proceedings). This interpretation would restrain the Crown's exercise of discretion, the importance of which was alluded to above. It might also be unfair to the accused. As Ms. Dudley argued, proceedings by way of indictment may cause more prejudice to the accused: they place the accused in greater jeopardy, can involve increased cost and delay, and may carry greater stigma. See *R. v. Boutilier* (1995), 104 C.C.C. (3d) 327 (N.S.C.A.), at pp. 335-36.

[81] An interpretation excluding dual procedure offences from s. 786(2) avoids these adverse consequences. For dual procedure offences, Crown prosecutors would continue to exercise their full discretion, even after the expiry of six months. For pure summary offences instituted beyond the six months, defendants would still have the option, granted in s. 786(2), to agree to proceed by way of summary conviction. I do not accept the argument

en paix. Il a également décidé que les infractions mixtes sont réputées des actes criminels. À mon avis, imposer un délai de prescription à l'égard des infractions mixtes viendrait contrecarrer le but visé par le législateur. Si le législateur avait souhaité assujettir les infractions mixtes à un délai de prescription, il aurait pu mentionner expressément ces infractions au par. 786(2) ou choisir de ne pas indiquer dans la *Loi d'interprétation* qu'elles sont réputées être des actes criminels.

2.4 *Conséquences de l'interprétation*

[79] À mon avis, une interprétation qui inclurait au par. 786(2) les infractions mixtes entraînerait des conséquences indésirables : elle nuirait à l'administration équitable et efficace du système de justice pénale.

[80] Comme l'illustrent bon nombre d'affaires, y compris celle qui nous occupe, imposer une prescription à l'égard des infractions mixtes aurait pour conséquence d'obliger le ministère public à recourir à la procédure de mise en accusation dans un cas où il aurait plutôt intenté des poursuites sommaires (à moins que l'accusé consente à de telles poursuites). Cette interprétation restreindrait, pour le ministère public, la faculté d'exercer son pouvoir discrétionnaire, une faculté dont j'ai déjà signalé l'importance. Elle pourrait aussi être injuste pour l'accusé. Comme l'a soutenu M^{me} Dudley, des procédures par voie de mise en accusation peuvent s'avérer plus préjudiciables à l'accusé — elles font courir à ce dernier un risque plus grand de conséquences sérieuses, en plus d'entraîner des frais plus élevés et des délais plus longs, et de comporter une plus grande stigmatisation. Voir *R. c. Boutilier* (1995), 104 C.C.C. (3d) 327 (C.A.N.-É.), p. 335-336.

[81] Une interprétation excluant les infractions mixtes du champ d'application du par. 786(2) permet d'éviter ces conséquences défavorables. Dans les cas où des infractions mixtes sont reprochées, les représentants du ministère public pourraient continuer d'exercer pleinement leur pouvoir discrétionnaire, même après l'expiration du délai de six mois. Dans les cas où il est question d'infractions punissables seulement sur déclaration de

that this option would be absurd if the limitation applied only to pure summary conviction offences on the basis that an accused's only possible motivation for waiving the limitation period would be to avoid proceedings by indictment in respect of a dual procedure offence. This premise is incorrect: defendants might well exercise that option where their conduct can be captured by several different offences, some indictable and others not. Agreeing to summary conviction proceedings, in return for the Crown's decision not to proceed with the indictable offence(s), would decrease their jeopardy.

[82] In my view, the interpretation that respects prosecutorial discretion and protects the accused from unfair treatment should be favoured in this case.

[83] Interpreting s. 786(2) to exclude dual procedure offences also does not cause conflicts with other legislation. No inconsistency results.

[84] I would dismiss three concerns raised by the intervener about incoherence with other statutes. First, this intervener has identified a number of federal statutes which contain only dual procedure offences and for which a specific limitation period applicable when the proceedings are instituted by way of summary conviction is prescribed. The intervener argues that these limitation periods must remain. I agree. At issue in this case is the limitation period in s. 786(2) of the *Code* only; Parliament of course may institute any other statutory limitation periods it wishes.

culpabilité par procédure sommaire et où les procédures sont introduites après le délai de six mois, les défendeurs auraient encore la faculté, que leur offre le par. 786(2), de consentir à une poursuite par voie de procédure sommaire. Je ne peux souscrire à l'argument suivant lequel il serait absurde d'accorder un tel consentement si la prescription s'appliquait uniquement aux infractions punissables seulement sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, parce que l'unique raison susceptible d'amener un accusé à renoncer à la prescription serait d'éviter une poursuite par voie de mise en accusation relativement à une infraction mixte. Cette prémisse est incorrecte, car des défendeurs pourraient bien recourir à cette solution si leur conduite est visée par différentes infractions, dont certaines sont punissables par voie de mise en accusation. Le fait de consentir à des poursuites par procédure sommaire en contrepartie de la décision du ministère public de ne pas intenter de poursuites par voie de mise en accusation aurait pour effet d'atténuer le péril qui les guette.

[82] À mon avis, il est préférable en l'espèce de retenir une interprétation qui respecte le pouvoir discrétionnaire du poursuivant et protège l'accusé contre un traitement injuste.

[83] En outre, une interprétation qui exclue les infractions mixtes du champ d'application du par. 786(2) n'entraîne aucun conflit avec d'autres lois. Il n'en résulte aucune incohérence.

[84] Je tiens à écarter trois préoccupations qu'a soulevées l'intervenant au sujet de l'incohérence de l'interprétation proposée avec d'autres lois. Premièrement, l'intervenant a recensé un certain nombre de lois fédérales créant seulement des infractions mixtes pour lesquelles un délai de prescription a été précisé et s'applique lorsque les poursuites sont introduites par voie de procédure sommaire. L'intervenant soutient que ces délais de prescription doivent être maintenus. Je suis d'accord. En l'espèce, seul le délai de prescription prévu au par. 786(2) du *Code* est en cause; le législateur peut bien sûr établir tout autre délai de prescription qu'il désire.

[85] Second, this intervener has identified a number of other federal statutes providing for summary conviction offences which are not subject to a specific limitation period. It worries that an interpretation of s. 786(2) excluding dual procedure offences would lead to the result that the dual procedure offences set out in these statutes would elude prescription, while the dual procedure offences in the statutes described in the preceding paragraph would not. I do not think there is any cause for concern. Again, Parliament is free to impose, or not to impose, limitation periods. No conflict arises.

[86] Third, this intervener points specifically to the *Animal Pedigree Act*, R.S.C. 1985, c. 8 (4th Supp.). This Act contains only one offence which is a dual procedure offence, but s. 67 of the act states, “[t]he provisions of the *Criminal Code* prescribing a time limit for making a complaint or laying an information in respect of offences punishable on summary conviction do not apply to proceedings in respect of an offence under this Act.” According to the intervener, this indicates that Parliament considered that s. 786(2) applies to dual procedure offences. I disagree. I take comfort in the fact that the parties and the intervener could locate only one such example and, in my view, this provision was added for greater certainty. No incoherence results: this provision in fact aligns with the proposed interpretation of s. 786(2).

[87] Finally, nothing in the jurisprudence militates against the proposed interpretation as no court has ruled on this issue.

[88] This Court did not hold in *Karpinski* that the Crown could not try a dual procedure offence as a summary conviction offence after the expiry of the limitation period; this question was not before the Court. In *Karpinski*, an information was sworn, the Crown elected to proceed summarily, and the defendant entered a plea of not guilty. Defence counsel then moved to dismiss on the ground that

[85] Deuxièmement, le directeur des poursuites pénales a recensé un certain nombre d’autres lois fédérales créant des infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire à l’égard desquelles aucun délai de prescription n’est précisé. Il dit s’inquiéter du fait que, si une interprétation excluant les infractions mixtes du champ d’application du par. 786(2) était retenue, les infractions mixtes prévues dans ces lois échapperaient à la prescription alors que celles décrites au paragraphe qui précède n’y échapperaient pas. Je ne crois pas que cette inquiétude soit fondée. Là encore, le législateur peut à sa guise imposer ou ne pas imposer de délais de prescription. Cela n’entraîne aucun conflit.

[86] Troisièmement, l’intervenant signale en particulier la *Loi sur la généalogie des animaux*, L.R.C. 1985, ch. 8 (4^e suppl.). Cette loi crée une seule infraction, une infraction mixte, mais selon l’art. 67, « [l]es dispositions du *Code criminel* prévoyant un délai pour le dépôt d’une plainte ou d’une dénonciation relative aux infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ne s’appliquent pas aux procédures concernant les infractions à la présente loi. » Selon l’intervenant, cette disposition indique que le législateur a considéré que le par. 786(2) s’applique aux infractions mixtes. Je ne suis pas d’accord. Le fait que les parties et l’intervenant n’aient pu trouver qu’un seul exemple de la sorte me conforte dans mon opinion. D’ailleurs, j’estime que cette disposition a été ajoutée par souci de précision. Il n’en résulte aucune incohérence; en fait, cette disposition est conforme à l’interprétation du par. 786(2) que je propose.

[87] Enfin, la jurisprudence ne fait aucunement obstacle à l’interprétation proposée, car aucun tribunal ne s’est prononcé sur cette question.

[88] Dans *Karpinski*, notre Cour n’a pas jugé que le ministère public ne pouvait pas poursuivre une infraction mixte par voie de procédure sommaire après l’expiration du délai de prescription; elle n’était pas saisie de cette question. Dans cette affaire, une dénonciation avait été faite sous serment, le ministère public avait choisi de poursuivre par voie de procédure sommaire et le défendeur

the information had been laid out of time. The magistrate permitted Crown counsel to withdraw the information and lay a new information to proceed by way of indictment. This Court confronted only the narrow question of whether the withdrawal of the first information amounted to an acquittal thereby allowing the accused to plead *autrefois acquit*. It did not address the aborted trial, or the propriety of withdrawing the information.

[89] While other courts have also assumed that s. 786(2) applies to dual procedure offences, none has ruled on this issue. Therefore, no case law stands against the conclusion that s. 786(2) does not apply to dual procedure offences.

3. Disposition

[90] I have reached the conclusion that, properly interpreted, s. 786(2) does not bar the institution of proceedings more than six months after the alleged offence in respect of dual procedure offences. I would dismiss the appeal, confirm the Court of Appeal's order setting aside the trial court's decision, and amend that order so as to remit the matter to the trial court to proceed by *summary conviction* in accordance with the Crown's election.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Attia Reeves Tensfeldt Snow, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Department of Justice, Edmonton.

Solicitor for the intervener: Director of Public Prosecutions of Canada, Ottawa.

avait plaidé non coupable. L'avocat de la défense avait ensuite demandé le rejet de l'accusation au motif que la dénonciation avait été faite hors délai. Le magistrat avait permis au représentant du ministère public de retirer la dénonciation et d'en déposer une nouvelle en vue de poursuivre par voie de mise en accusation. Notre Cour n'a examiné que la question restreinte de savoir si le retrait de la première dénonciation devait être considéré comme un acquittement autorisant l'accusé à plaider *autrefois acquit*. Elle n'a pas abordé la question du procès avorté ou celle de l'opportunité du retrait de la dénonciation.

[89] Même si d'autres tribunaux ont également considéré que le par. 786(2) s'applique aux infractions mixtes, aucun ne s'est prononcé sur cette question. Par conséquent, aucune décision judiciaire ne va à l'encontre de la conclusion selon laquelle le par. 786(2) ne s'applique pas aux infractions mixtes.

3. Dispositif

[90] J'arrive à la conclusion que, suivant la conclusion qu'il convient de lui donner, le par. 786(2) n'empêche pas l'introduction de procédures plus de six mois après l'infraction reprochée dans le cas des infractions mixtes. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi, de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel annulant la décision du juge de première instance, et de modifier l'ordonnance en renvoyant l'affaire devant le tribunal de première instance pour qu'elle soit instruite par *procédure sommaire* conformément au choix du ministère public.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante : Attia Reeves Tensfeldt Snow, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Ministère de la Justice, Edmonton.

Procureur de l'intervenant : Directeur des poursuites pénales du Canada, Ottawa.

**Co-operators Life Insurance
Company** *Appellant*

v.

Randolph Charles Gibbens *Respondent*

and

**Canadian Life and Health Insurance
Association Inc.** *Intervener*

**INDEXED AS: CO-OPERATORS LIFE INSURANCE CO.
v. GIBBENS**

Neutral citation: 2009 SCC 59.

File No.: 32677.

2009: April 16; 2009: December 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Insurance — Accident insurance — Accident and
Disease benefit — Insured person becoming paralyzed
below his mid-abdomen after acquiring genital herpes by
engaging in unprotected sexual intercourse — Whether
insured's paralysis caused by "external, violent and
accidental means" within meaning of insurance policy.*

The insured had unprotected sex with three women and acquired genital herpes, which in turn caused transverse myelitis, a rare complication of herpes that resulted in total paralysis from his mid-abdomen down. He was aware of the risk of contracting a sexually transmitted disease but did not know that any of the women had genital herpes. He claimed compensation under his group insurance policy which provided coverage for losses sustained "as a direct result of a Critical Disease or resulting directly and independently of all other causes from bodily Injuries occasioned solely through external, violent and accidental means, without negligence" on the insured's part. The definition of (critical) diseases in the policy does not include transverse myelitis. The insured commenced an action and the parties applied to the British Columbia Supreme Court for a determination of whether his paraplegia qualifies as

**Co-operators Compagnie
d'assurance-vie** *Appelante*

c.

Randolph Charles Gibbens *Intimé*

et

**Association canadienne des compagnies
d'assurances de personnes inc.** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : CO-OPERATORS COMPAGNIE
D'ASSURANCE-VIE c. GIBBENS**

Référence neutre : 2009 CSC 59.

N^o du greffe : 32677.

2009 : 16 avril; 2009 : 18 décembre.

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

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

*Assurances — Assurance accident — Indemnité de
maladie ou d'accident — Assuré paralysé des jambes
et de la partie inférieure du tronc après avoir contracté
l'herpès génital à la suite de relations sexuelles non pro-
tégées — La paralysie de l'assuré résultait-elle d'une
« cause externe, violente et accidentelle » au sens de la
police d'assurance?*

À la suite de relations sexuelles non protégées avec trois femmes, l'assuré a contracté l'herpès génital, dont a découlé une myélite transverse, complication rare de l'herpès, qui a entraîné une paralysie totale des jambes et de la partie inférieure du tronc. Il a reconnu qu'il était conscient du risque de contracter une infection transmissible sexuellement, mais ne savait pas que l'une ou l'autre des femmes avait l'herpès génital. Il a demandé l'indemnité prévue par sa police d'assurance collective, qui couvrait les pertes « résultant directement d'une maladie grave ou résultant directement, et indépendamment de toute autre cause, de lésions corporelles attribuables uniquement à une cause externe, violente et accidentelle, sans négligence » de la part de l'assuré. La police n'incluait pas la myélite transverse au nombre des maladies (graves). L'assuré a intenté une action, et les parties ont demandé à la Cour suprême

a “bodily injur[y] occasioned solely through external, violent and accidental means”. The trial judge answered the question in the affirmative and awarded the insured \$200,000. The Court of Appeal upheld the trial judge’s decision.

Held: The appeal should be allowed.

The insured’s loss is not covered by the policy. The interpretation of insurance policies should avoid unrealistic results that would not have been contemplated by the insured and the insurer when they entered into the policy agreement. The word “accident” is an ordinary word to be interpreted in ordinary language as it would be understood by the average person applying for insurance. That said, the definition of accident has proven, in practice, to be one of the more philosophically complex simple questions. [16] [20-21]

Traditionally, the courts have carved out of the potential universe of “unlooked-for mishaps or untoward events which are not expected or designed” the sub-universe of bodily “infirmities caused by disease in the ordinary course of events”. Accident insurance is not comprehensive health insurance and it is evident that the parties in this case did not expect the policy to cover all loss or bodily injury. Quite apart from the usual concept of “accident” as itself excluding a bodily infirmity caused by disease in the ordinary course of events, the policy provided separate coverage against the risk of enumerated “critical diseases”. Transverse myelitis is not listed among them. [2] [19] [29]

In ordinary speech “accident” does not include ailments proceeding from natural causes. Genital herpes is a sexually transmitted virus that spreads by sexual intercourse. The causal chain that led to the insured’s bodily injury was sex that transmitted herpes that led to transverse myelitis. Transverse myelitis is an unexpected consequence of genital herpes that occurs rarely but it is a normal incident or consequence of the disease. Since the transmission followed the normal method by which sexually transmitted diseases replicate, the bodily injury proceeded from natural causes. [58-59] [62]

The insured argued that *Martin v. American International Assurance Life Co.*, 2003 SCC 16, [2003] 1 S.C.R. 158, did away with the need to consider the “accidental means” if the resulting death or disease was “unexpected” but this is not so. In *Martin*, a doctor, who was addicted to morphine and Demerol, killed himself

de la Colombie-Britannique de déterminer si, dans son cas, la paraplégie pouvait être considérée comme une « lésion[s] corporelle[s] attribuable[s] uniquement à une cause externe, violente et accidentelle ». Le juge de première instance a répondu à la question par l’affirmative et a accordé à l’assuré la somme de 200 000 \$. La Cour d’appel a confirmé la décision de première instance.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La perte de l’assuré n’est pas couverte par la police. L’interprétation des polices d’assurance ne devrait pas donner des résultats irréalistes qui n’auraient pas été envisagés par l’assuré et l’assureur au moment de la conclusion du contrat. Le mot « accident » est un mot ordinaire auquel il faut donner son sens courant comme il serait compris par la personne ordinaire qui fait une demande d’assurance. Or, sa définition s’est révélée, en pratique, l’une des questions simples les plus philosophiquement complexes. [16] [20-21]

Les tribunaux excluent habituellement de l’ensemble potentiel des « mésaventures inattendues ou malheurs qui n’étaient ni prévus, ni recherchés » le sous-ensemble des « infirmités » physiques résultant de « la maladie dans le cours normal des choses ». L’assurance accident n’est pas un régime complet d’assurance maladie, et il est évident que les parties en l’espèce ne s’attendaient pas à ce que toute perte ou lésion corporelle soit couverte par la police. Indépendamment de la notion usuelle d’« accident », qui exclut elle-même une infirmité physique résultant de la maladie dans le cours normal des choses, la police prévoit une protection distincte contre le risque des « maladies graves » qui y sont énumérées. La myélite transverse n’en fait pas partie. [2] [19] [29]

Dans son sens courant, le mot « accident » n’englobe pas les maladies procédant de causes naturelles. L’herpès génital est un virus transmissible sexuellement qui se propage par les rapports sexuels. La lésion corporelle de l’assuré a été causée par la relation sexuelle qui lui a transmis l’herpès à l’origine de la myélite transverse. Cette maladie est une conséquence inattendue et rare de l’herpès génital, mais il s’agit d’une conséquence ou d’un incident normal. Étant donné que la transmission s’est effectuée suivant les voies normales de propagation des infections transmissibles sexuellement, la lésion corporelle procédait de causes naturelles. [58-59] [62]

L’assuré a soutenu qu’il n’est plus nécessaire, depuis l’arrêt *Martin c. American International Assurance Life Co.*, 2003 CSC 16, [2003] 1 R.C.S. 158, d’examiner la question de la « cause accidentelle » lorsque la maladie ou le décès qui en découle est « inattendu ». Or, ce n’est pas le cas. Dans *Martin*, un médecin souffrant d’une

by a self-administered drug overdose. *Martin*, not being a “disease” case, found it unnecessary to address the traditional distinction between “disease” and “accident”. The Court was able to infer accidental means from the circumstances of the death (a fatal injection) that pointed to a miscalculation. There is no necessary equivalence between “unexpected” and “accident”. If a man, sitting at a bus station, is hit by a bus that has careened out of control, that is unquestionably an accident — but it is not an accident by virtue of the fact that the man did not expect it. [40] [45]

Diseases are transferred from person to person through natural processes such as coughing or sneezing in someone’s presence “in the ordinary course of events”. The viruses thus transmitted may, in some situations, prove to have calamitous and unexpected consequences. However if such transmissions were classified as accidents, then an accident policy would become a comprehensive health policy despite the substantially lower premium. On the other hand, the insurance industry cannot use “disease” to extricate itself from valid accident claims. Unlisted diseases or other bodily infirmities might still be covered if attributable to some antecedent event or events that could, together with an unexpected result, be characterized as accidental. [38-39] [48]

The onus is on the claimant to show that the loss is covered by the policy. However, once the claimant leads evidence sufficient to establish a *prima facie* case that the bodily injury was caused by an “unlooked-for mishap or an untoward event which is not expected or designed”, the tactical burden then shifts to the insurance company to displace the *prima facie* case by some evidence that the bodily injury is not an accident but its “antithesis”, namely, the result of a disease picked up in the ordinary course of events. The burden of proof however, remains squarely with the plaintiff. If he or she fails to establish on a balance of probabilities that the bodily injury resulted from an accident, the claim will fail. And so it is in this case. [51]

Cases Cited

Explained: *Martin v. American International Assurance Life Co.*, 2003 SCC 16, [2003] 1 S.C.R. 158; **referred to:** *Fegan v. State Mutual Life Assurance Co. of America*, 945 F.Supp. 396 (1996); *Smith v. British Pacific Life Insurance Co.*, [1965] S.C.R.

dépendance à la morphine et au Demerol s’était injecté une surdose létale de drogue. Cette affaire ne faisant pas intervenir de « maladie », la Cour a jugé inutile d’examiner la distinction classique entre « maladie » et « accident ». La Cour a pu inférer l’existence d’une cause accidentelle des circonstances du décès (une injection létale) qui révélaient une erreur de jugement. Il n’y a pas nécessairement équivalence entre « caractère inattendu » et « accident ». Si une personne assise à un terminus d’autobus se fait happer par un autobus dont le chauffeur a perdu la maîtrise, il y a incontestablement accident, mais cela ne tient pas au fait que la victime ne s’y attendait pas. [40] [45]

Les maladies sont transmises par des processus naturels comme la toux ou les éternuements en présence d’autres personnes « dans le cours normal des choses ». Dans certains cas, les virus ainsi transmis peuvent avoir des conséquences imprévues et tragiques, mais si l’on devait qualifier leur transmission d’accidentelle, on transformerait l’assurance accident en assurance maladie générale, en dépit du fait que les primes d’assurance accident sont considérablement moins onéreuses. Par contre, il ne faut pas que l’industrie de l’assurance allègue la « maladie » pour se dérober à des demandes valides d’indemnisation pour accident. Certaines maladies non énumérées ou autres infirmités physiques pourraient être couvertes si elles découlent d’un incident antérieur qui, comme son résultat inattendu, peut être qualifié d’accidentel. [38-39] [48]

Il incombe au demandeur d’établir que la perte est couverte par la police. Cependant, lorsque le demandeur produit une preuve qui suffit à établir *prima facie* l’existence d’une lésion corporelle résultant d’une « mésaventure inattendue ou d’un malheur qui n’est ni prévu, ni recherché » le fardeau tactique incombe à l’assureur de repousser la preuve *prima facie* en démontrant que la lésion corporelle n’est pas le résultat d’un accident, mais son « antithèse », à savoir la conséquence d’une maladie contractée dans le cours normal des choses. Toutefois, le fardeau de la preuve incombe toujours au demandeur. S’il ne parvient pas à démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la lésion corporelle résultait d’un accident, il sera débouté. C’est le cas en l’espèce. [51]

Jurisprudence

Arrêt interprété : *Martin c. American International Assurance Life Co.*, 2003 CSC 16, [2003] 1 R.C.S. 158; **arrêts mentionnés :** *Fegan c. State Mutual Life Assurance Co. of America*, 945 F.Supp. 396 (1996); *Smith c. British Pacific Life Insurance Co.*, [1965]

434; *Milashenko v. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1970), 11 D.L.R. (3d) 128; *Columbia Cellulose Co. v. Continental Casualty Co.*, [1964] I.L.R. ¶ 1-119; *De Souza v. Home and Overseas Insurance Co.*, [1995] L.R.L.R. 453; *Landress v. Phoenix Mutual Life Insurance Co.*, 291 U.S. 491 (1934); *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; *Mutual of Omaha Insurance Co. v. Stats*, [1978] 2 S.C.R. 1153; *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029; *Canadian Indemnity Co. v. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 309; *Fenton v. Thorley & Co.*, [1903] A.C. 443; *Wang v. Metropolitan Life Insurance Co.* (2004), 242 D.L.R. (4th) 598, leave to appeal refused, [2005] 1 S.C.R. xvii; *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87; *Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 S.C.R. 252; *Algoma Steel Corp. v. Allendale Mutual Insurance Co.* (1990), 72 O.R. (2d) 782, leave to appeal refused, [1991] 1 S.C.R. v; *Sinclair v. Maritime Passengers' Assurance Co.* (1861), 3 E.L. & E.L. 478, 121 E.R. 521; *Wyman v. Dominion of Canada General Insurance Co.*, [1936] 2 D.L.R. 268; *Brintons, Ltd. v. Turvey*, [1905] A.C. 230; *Toronto Professional Firefighters' Association v. Toronto (City)* (2007), 223 O.A.C. 146; *Glenlight Shipping Ltd. v. Excess Insurance Co.*, 1983 S.L.T. 241; *Cornish v. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453; *Brown v. Continental Casualty Co.*, 108 So. 464 (1926); *Bertalan Estate v. American Home Assurance Co.* (1999), 68 B.C.L.R. (3d) 118; *N. W. Commercial Travellers' Association v. London Guarantee and Accident Co.* (1895), 10 Man. R. 537; *Bacon v. U.S. Mutual Accident Assn.*, 44 Hun. 599 (1887); *Derksen v. 539938 Ontario Ltd.*, 2001 SCC 72, [2001] 3 S.C.R. 398; *C.C.R. Fishing Ltd. v. British Reserve Insurance Co.*, [1990] 1 S.C.R. 814; *Re Etherington and The Lancashire and Yorkshire Accident Insurance Co.*, [1909] 1 K.B. 591; *Carroll v. CUNA Mutual Insurance Society*, 894 P.2d 746 (1995); *Peoples Life Ins. Co. v. Menard*, 117 N.E.2d 376 (1954); *American Accident Co. of Louisville v. Reigart*, 23 S.W. 191 (1893); *Koch v. Empire Life Insurance Co.* (1981), 29 A.R. 49; *Jones v. Aetna Life Insurance Co.*, 439 S.W.2d 721 (1969); *Claxton v. Travellers Insurance Co. of Hartford* (1917), 36 D.L.R. 481; *Voison v. Royal Insurance Co. of Canada* (1988), 66 O.R. (2d) 45; *Guillet v. American Home Assurance Co.* (2004), 72 O.R. (3d) 641; *Kolbuc v. ACE INA Insurance*, 2007 ONCA 364, 85 O.R. (3d) 652.

Authors Cited

Butterworths Medical Dictionary, 2nd ed. London: Butterworths, 1978, "disease".

R.C.S. 434; *Milashenko c. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1970), 11 D.L.R. (3d) 128; *Columbia Cellulose Co. c. Continental Casualty Co.*, [1964] I.L.R. ¶ 1-119; *De Souza c. Home and Overseas Insurance Co.*, [1995] L.R.L.R. 453; *Landress c. Phoenix Mutual Life Insurance Co.*, 291 U.S. 491 (1934); *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Mutuelle d'Omaha Compagnie d'Assurances c. Stats*, [1978] 2 R.C.S. 1153; *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029; *Canadian Indemnity Co. c. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 309; *Fenton c. Thorley & Co.*, [1903] A.C. 443; *Wang c. Metropolitan Life Insurance Co.* (2004), 242 D.L.R. (4th) 598, autorisation d'appel refusée, [2005] 1 R.C.S. xvii; *Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87; *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252; *Algoma Steel Corp. c. Allendale Mutual Insurance Co.* (1990), 72 O.R. (2d) 782, autorisation d'appel refusée, [1991] 1 R.C.S. v; *Sinclair c. Maritime Passengers' Assurance Co.* (1861), 3 E.L. & E.L. 478, 121 E.R. 521; *Wyman c. Dominion of Canada General Insurance Co.*, [1936] 2 D.L.R. 268; *Brintons, Ltd. c. Turvey*, [1905] A.C. 230; *Toronto Professional Firefighters' Association c. Toronto (City)* (2007), 223 O.A.C. 146; *Glenlight Shipping Ltd. c. Excess Insurance Co.*, 1983 S.L.T. 241; *Cornish c. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453; *Brown c. Continental Casualty Co.*, 108 So. 464 (1926); *Bertalan Estate c. American Home Assurance Co.* (1999), 68 B.C.L.R. (3d) 118; *N. W. Commercial Travellers' Association c. London Guarantee and Accident Co.* (1895), 10 Man. R. 537; *Bacon c. U.S. Mutual Accident Assn.*, 44 Hun. 599 (1887); *Derksen c. 539938 Ontario Ltd.*, 2001 CSC 72, [2001] 3 R.C.S. 398; *C.C.R. Fishing Ltd. c. British Reserve Insurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 814; *Re Etherington and The Lancashire and Yorkshire Accident Insurance Co.*, [1909] 1 K.B. 591; *Carroll c. CUNA Mutual Insurance Society*, 894 P.2d 746 (1995); *Peoples Life Ins. Co. c. Menard*, 117 N.E.2d 376 (1954); *American Accident Co. of Louisville c. Reigart*, 23 S.W. 191 (1893); *Koch c. Empire Life Insurance Co.* (1981), 29 A.R. 49; *Jones c. Aetna Life Insurance Co.*, 439 S.W.2d 721 (1969); *Claxton c. Travellers Insurance Co. of Hartford* (1917), 36 D.L.R. 481; *Voison c. Royal Insurance Co. of Canada* (1988), 66 O.R. (2d) 45; *Guillet c. American Home Assurance Co.* (2004), 72 O.R. (3d) 641; *Kolbuc c. ACE INA Insurance*, 2007 ONCA 364, 85 O.R. (3d) 652.

Doctrine citée

Butterworths Medical Dictionary, 2nd ed. London : Butterworths, 1978, « disease ».

Couch on Insurance, 3rd ed. by Lee R. Russ and Thomas F. Segalla. Deerfield, Ill.: Clark Boardman Callaghan, 1995.

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.

Ivamy, E. R. Hardy. *General Principles of Insurance Law*, 6th ed. London: Butterworths, 1993.

MacGillivray on Insurance Law, 10th ed. by Nicholas Legh-Jones. London: Sweet and Maxwell, 2003.

Milton, John. *Paradise Lost*. Edinburgh: A. Donaldson, 1767.

Norwood, David, and John P. Weir. *Norwood on Life Insurance Law in Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 2002.

Scales, Adam F. "Man, God and the Serbonian Bog: The Evolution of Accidental Death Insurance" (2000-2001), 86 *Iowa L. Rev.* 173.

Welford, A. W. Baker. *The Law Relating to Accident Insurance*, 2nd ed. London: Butterworths, 1932.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Saunders and Frankel J.J.A.), 2008 BCCA 153, 77 B.C.L.R. (4th) 26, 292 D.L.R. (4th) 492, 61 C.C.L.I. (4th) 32, [2008] 7 W.W.R. 323, 254 B.C.A.C. 120, [2008] B.C.J. No. 625 (QL), 2008 CarswellBC 702, upholding a decision of Cole J., 2007 BCSC 1076, 74 B.C.L.R. (4th) 393, 51 C.C.L.I. (4th) 144, [2008] 7 W.W.R. 314, [2007] B.C.J. No. 1606 (QL), 2007 CarswellBC 1665. Appeal allowed.

Bruce Laughton, Q.C., and *Leah Terai*, for the appellant.

Guy J. Collette, Michael Sobkin and *A. C. Richard Parsons*, for the respondent.

Patricia D. S. Jackson and *David Outerbridge*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

[1] BINNIE J. — This appeal concerns a claim under an accident insurance policy by Mr. Gibbens who had unprotected sex with three women during January and February 2003. He thereby acquired genital herpes (HSV-2), which in turn caused inflammation of his spinal cord (transverse myelitis), a rare but known complication of herpes,

Couch on Insurance, 3rd ed. by Lee R. Russ and Thomas F. Segalla. Deerfield, Ill. : Clark Boardman Callaghan, 1995.

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*. Markham, Ont. : LexisNexis, 2007.

Ivamy, E. R. Hardy. *General Principles of Insurance Law*, 6th ed. London : Butterworths, 1993.

MacGillivray on Insurance Law, 10th ed. by Nicholas Legh-Jones. London : Sweet and Maxwell, 2003.

Milton, John. *Paradise Lost*. Edinburgh : A. Donaldson, 1767.

Norwood, David, and John P. Weir. *Norwood on Life Insurance Law in Canada*, 3rd ed. Toronto : Carswell, 2002.

Scales, Adam F. « Man, God and the Serbonian Bog : The Evolution of Accidental Death Insurance » (2000-2001), 86 *Iowa L. Rev.* 173.

Welford, A. W. Baker. *The Law Relating to Accident Insurance*, 2nd ed. London : Butterworths, 1932.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Saunders et Frankel), 2008 BCCA 153, 77 B.C.L.R. (4th) 26, 292 D.L.R. (4th) 492, 61 C.C.L.I. (4th) 32, [2008] 7 W.W.R. 323, 254 B.C.A.C. 120, [2008] B.C.J. No. 625 (QL), 2008 CarswellBC 702, qui a confirmé une décision du juge Cole, 2007 BCSC 1076, 74 B.C.L.R. (4th) 393, 51 C.C.L.I. (4th) 144, [2008] 7 W.W.R. 314, [2007] B.C.J. No. 1606 (QL), 2007 CarswellBC 1665. Pourvoi accueilli.

Bruce Laughton, c.r., et *Leah Terai*, pour l'appellante.

Guy J. Collette, Michael Sobkin et *A. C. Richard Parsons*, pour l'intimé.

Patricia D. S. Jackson et *David Outerbridge*, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Le présent pourvoi concerne une demande d'indemnisation fondée sur une police d'assurance accident. À la suite de relations sexuelles non protégées avec trois femmes en janvier et février 2003, l'assuré, M. Gibbens, a contracté l'herpès génital (VHS-2), dont a découlé une inflammation de la moelle épinière (myélite

which resulted in total paralysis from his mid-abdomen down. He claimed compensation under a group insurance policy on the basis that the paralysis resulted “directly and independently of all other causes from bodily Injuries occasioned solely through external, violent and accidental means, without negligence” on his part.

[2] Accident insurance is not comprehensive health insurance. Mr. Gibbens contracted a sexually transmitted disease in the ordinary way through sexual intercourse. In most cases genital herpes is a minor irritant (if indeed there are any symptoms at all). I agree with the courts in British Columbia that Mr. Gibben’s paralysis was tragic and unexpected but I do not agree with them that it was caused by “external, violent and accidental means” within the meaning of the insurance policy. I would therefore allow the appeal.

I. Facts

[3] Mr. Gibbens is a beneficiary under a Group Insurance Policy issued by the Co-operators Life Insurance Company, that covered certain specified risks as follows:

ACCIDENTAL DEATH, DISEASE AND DISMEMBERMENT BENEFIT

Section A1.2

“Covered Loss” means a Critical Disease Benefit, Accidental Death Benefit or an Accidental Disease/ Dismemberment Benefit covered under this Benefit Provision. The Covered Loss must occur prior to the Member’s 71st birthday and while the Member is insured under this Provision. In the case of an accident, the Covered Loss must occur within 365 days after the date of the accident.

CRITICAL DISEASE BENEFIT

The Insurance Company will pay to the Member an amount equal to 10% of the Principal Sum provided the Member has been diagnosed with a Critical Disease while insured under this Provision and has been Totally

transverse), complication rare mais connue de l’herpès, qui a entraîné une paralysie totale des jambes et de la partie inférieure du tronc. Il a demandé l’indemnité prévue par sa police d’assurance collective, arguant que sa paralysie résultait [TRADUCTION] « directement, et indépendamment de toute autre cause, de lésions corporelles attribuables uniquement à une cause externe, violente et accidentelle, sans négligence » de sa part.

[2] L’assurance accident n’est pas un régime complet d’assurance maladie. M. Gibbens a contracté une infection transmissible sexuellement de la façon usuelle, par des relations sexuelles. La plupart du temps, l’herpès génital n’entraîne que des inconvénients mineurs (il peut même être asymptomatique). Je conviens avec les cours de la Colombie-Britannique que la paralysie de M. Gibbens est tragique et inattendue, mais je ne partage pas leur opinion qu’elle est imputable à une « cause externe, violente et accidentelle » au sens de la police. Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi.

I. Les faits

[3] M. Gibbens est protégé par une police d’assurance collective émise par la Co-operators Compagnie d’assurance-vie contre certains risques désignés :

[TRADUCTION]

INDEMNITÉ DE DÉCÈS, DE MALADIE ET DE MUTILATION ACCIDENTELS

Clause A1.2

« Perte couverte » L’indemnité de maladie grave, l’indemnité de décès accidentel ou l’indemnité de maladie ou de mutilation accidentelle couverte par la présente clause d’indemnisation. La perte doit survenir avant le 71^e anniversaire de naissance du membre et à un moment où il est assuré aux termes de la présente clause. Dans le cas d’un accident, la perte doit survenir dans les 365 jours suivant la date de l’accident.

INDEMNITÉ DE MALADIE GRAVE

L’assureur verse une somme équivalant à 10 % du capital assuré au membre chez qui une maladie grave est diagnostiquée pendant qu’il est assuré aux termes de la présente clause et que cette maladie a rendu totalement

Disabled from that disease for at least nine (9) months. Benefits are limited to the first covered Critical Disease in the Member's lifetime.

invalide pendant au moins neuf (9) mois. L'indemnité n'est versée qu'à l'égard de la première maladie grave couverte dont est atteint le membre pendant sa vie.

ACCIDENTAL DISEASE/DISEMBLEMENT BENEFIT

If the Insurance Company is furnished with proof that a Member, sustains one of the following losses, as a direct result of a Critical Disease or resulting directly and independently of all other causes from bodily Injuries occasioned solely through external, violent and accidental means, without negligence on the Member's part, the Insurance Company will pay:

- (1) An amount equal to 200% of the Principal Sum for:
- (a) paraplegia (total paralysis of both lower limbs) . . . [Emphasis added.]

The policy does not contain any definition of "accident" or "accidental means". It does, however, define "Critical Disease":

"Critical Disease" shall mean any of the following diseases diagnosed after the Effective Date of the Member's Insurance: Poliomyelitis, Parkinson's Disease, Huntington's Chorea, Multiple Sclerosis, Alzheimers Disease, Type I Diabetes (Insulin Dependent), Amyotrophic Lateral Sclerosis (ALS), Peripheral Vascular Disease and Necrotizing Fasciitis.

[4] Mr. Gibbens was employed in high pressure water blasting. The group policy was a benefit provided by his union. At the time of the trial he was 45 years old.

[5] According to an agreed statement of facts Mr. Gibbens did not know that any of the three women with whom he had sexual intercourse during January and February 2003 had Herpes Simplex Virus Type-2 (HSV-2).

[6] On February 17, 2003, Mr. Gibbens consulted his family physician complaining of headaches and myalgia (muscular pain) with back pain. His doctor

INDEMNITÉ DE MALADIE OU DE MUTILATION ACCIDENTELLE

Sur preuve que le membre a subi l'une des pertes suivantes résultant directement d'une maladie grave ou résultant directement, et indépendamment de toute autre cause, de lésions corporelles attribuables uniquement à une cause externe, violente et accidentelle, sans négligence de la part du membre, l'assureur paie :

- (1) une somme égale à 200 % du capital assuré pour :
- a) la paraplégie (paralysie totale des deux membres inférieurs) . . . [Je souligne.]

Les mots « accident » ou « cause accidentelle » ne sont pas définis dans la police, mais l'expression « maladie grave » l'est. Voici le texte de cette définition :

[TRADUCTION] « Maladie grave » L'une quelconque des maladies suivantes diagnostiquée après la date d'entrée en vigueur de la police du membre : poliomyélite, maladie de Parkinson, chorée de Huntington, sclérose en plaques, maladie d'Alzheimer, diabète de type 1 (insulinodépendant), sclérose latérale amyotrophique (SLA), maladie vasculaire périphérique et fasciite nécrosante.

[4] M. Gibbens travaillait dans le nettoyage au jet d'eau à haute pression. L'assurance collective faisait partie des avantages dont il bénéficiait comme membre de son syndicat. Au moment du procès, il avait 45 ans.

[5] Il ressort de l'exposé conjoint des faits que M. Gibbens ne savait pas que l'une ou l'autre des trois femmes avec lesquelles il avait eu des rapports sexuels au cours des mois de janvier et de février 2003 était porteuse du virus herpès simplex de type 2 (VHS-2).

[6] Le 17 février 2003, M. Gibbens a consulté son médecin de famille pour des maux de tête et des douleurs musculaires (myalgie) accompagnées de

diagnosed a viral illness and prescribed symptomatic treatment.

[7] On February 21, 2003, Mr. Gibbens went to the emergency department at Eagle Ridge Hospital complaining of urinary retention for two days, some recent kidney/flank pain, supra pelvic discomfort, vomiting for two days, and poor physical coordination. On examination he was noted to be shaky/weak and it was hard for him to sit up. He was diagnosed with urinary retention, possible alcohol withdrawal and epigastric pain not yet diagnosed. Mr. Gibbens continued to deteriorate and by February 23, 2003, he was paraplegic.

[8] In terms of causation, the parties agreed that by reason of the unprotected sex Mr. Gibbens had been infected with HSV-2 which caused the inflammation of his spinal cord (transverse myelitis) resulting in a permanent T3 ASIA C spinal cord injury (total paralysis from mid-abdomen down).

[9] Under the policy, Co-operators Life was obligated to pay \$200,000 if Mr. Gibbens suffered the paraplegia through “external, violent and accidental means”.

[10] Mr. Gibbens acknowledged that he was aware of the risk of contracting a sexually transmitted disease when having unprotected sexual intercourse, but stated that he did not intend or expect to contract HSV-2 or to develop transverse myelitis.

II. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court, 2007 BCSC 1076, 74 B.C.L.R. (4th) 393*

[11] Cole J. found for Mr. Gibbens. He concluded, based on *Martin v. American International Assurance Life Co.*, 2003 SCC 16, [2003] 1 S.C.R. 158, that to ascertain whether a given means is

douleurs au dos. Le médecin a conclu à une infection virale et lui a prescrit un traitement pour soulager ses symptômes.

[7] Le 21 février 2003, M. Gibbens s’est présenté à l’urgence de l’hôpital Eagle Ridge pour les symptômes suivants : rétention urinaire depuis deux jours, douleurs récentes aux reins et aux flancs, inconfort dans la région sus-pelvienne, vomissements depuis deux jours et problèmes de coordination. Le médecin qui l’a examiné a noté qu’il tremblait, qu’il était faible et qu’il avait de la difficulté à s’asseoir. Il a posé le diagnostic suivant : rétention urinaire, possibilité de sevrage alcoolique et douleur épigastrique non encore expliquée. L’état de M. Gibbens a continué d’empirer et, le 23 février 2003, il était devenu paraplégique.

[8] Relativement à la causalité, les parties conviennent que M. Gibbens a contracté, par suite de rapports sexuels non protégés, une infection au VHS-2 qui a causé une inflammation de la moëlle épinière (myélite transverse) ayant entraîné une lésion médullaire permanente en T3, de degré C selon l’échelle ASIA (paralysie totale des jambes et de la partie inférieure du tronc).

[9] Aux termes de la police d’assurance de la Co-operators, l’assureur était tenu de verser une indemnité de 200 000 \$ à M. Gibbens si la paraplégie était attribuable à une « cause externe, violente et accidentelle ».

[10] M. Gibbens a reconnu qu’il était conscient du risque de contracter une infection transmissible sexuellement en ayant des relations sexuelles non protégées, mais il affirme n’avoir jamais voulu, ni pensé qu’il pouvait être infecté par le VHS-2 et souffrir d’une myélite transverse.

II. L’historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2007 BCSC 1076, 74 B.C.L.R. (4th) 393*

[11] Le juge Cole a donné gain de cause à M. Gibbens. S’appuyant sur l’arrêt *Martin c. American International Assurance Life Co.*, 2003 CSC 16, [2003] 1 R.C.S. 158, il a conclu que, pour déterminer

“accidental”, what must be considered is whether the consequences were unexpected. Accordingly, the question in this case was whether Mr. Gibbens expected to become a paraplegic as a result of having unprotected sexual intercourse. The answer was that he did not. The fact that his sexual conduct was foolish and risky did not preclude the consequences from being considered accidental within the meaning of the policy.

[12] The trial judge rejected the insurer’s argument that Mr. Gibben’s paraplegia was caused by a disease and could not, in the circumstances, be considered to be the product of external, violent and accidental means. The trial judge held that “[d]iseases which do not result from a natural cause may be accidental” (para. 16). Mr. Gibbens was awarded \$200,000 plus interest and costs.

B. *British Columbia Court of Appeal (Newbury J.A. (Frankel J.A. Concurring)), 2008 BCCA 153, 77 B.C.L.R. (4th) 26*

[13] Newbury J.A. rejected the idea that the decision in *Martin* meant that the question of whether an event was accidental could be determined solely by considering whether it was unexpected. As the *Martin* decision made clear, it was equally important that the words “accident” and “accidental” be construed in accordance with the “ordinary person’s understanding”, or in “ordinary parlance” (citing paras. 19-20). Newbury J.A. agreed with the trial judge that in light of the decided cases, Mr. Gibbens’ transverse myelitis did not arise “naturally”. Rather, it arose from an external factor or “unlooked-for mishap” — the introduction of the HSV-2 virus into his body by a sexual partner. This was close to the line, but was sufficient to qualify as “accidental” in the ordinary meaning of that term.

[14] Newbury J.A. added that if she were wrong in her view of *Martin* and the only question was whether Mr. Gibbens’ bodily injury was unintended or unexpected, it was obvious that it was, and applying that test the loss was caused by “accidental means” as required by the policy (paras. 14-23).

si une cause donnée est « accidentelle », il faut se demander si les conséquences en découlant étaient inattendues. Il a estimé qu’il fallait donc établir si M. Gibbens s’attendait à devenir paralégique à la suite de relations sexuelles non protégées. Il a conclu que ce n’était pas le cas et que, pour irréfleché et téméraire que fût son comportement sexuel, cela n’empêchait pas la conséquence d’être accidentelle au sens de la police.

[12] Le juge de première instance a écarté l’argument de l’assureur selon lequel la paralégie de M. Gibbens découlait d’une maladie et qu’on ne pouvait, en conséquence, l’attribuer à une cause externe, violente et accidentelle. Déclarant que [TRADUCTION] « des maladies qui ne découlent pas d’une cause naturelle peuvent être accidentelles » (par. 16), il a accordé à M. Gibbens une indemnité de 200 000 \$, plus les intérêts et les dépens.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique (la juge Newbury, avec l’accord du juge Frankel), 2008 BCCA 153, 77 B.C.L.R. (4th) 26*

[13] La juge Newbury a rejeté l’idée que, selon l’arrêt *Martin*, le caractère inattendu d’un événement permet à lui seul de déterminer s’il est accidentel. Comme l’arrêt *Martin* l’indique clairement, il importe également d’interpréter les mots « accident » et « accidentel » selon leur « sens courant » (citant les par. 19-20). La juge Newbury partageait l’avis du juge de première instance que, selon la jurisprudence, M. Gibbens n’avait pas contracté la myélite transverse [TRADUCTION] « de façon naturelle » et que la maladie découlait plutôt d’un facteur externe ou d’une « mésaventure inattendue » — l’introduction du virus VHS-2 dans son organisme par une partenaire sexuelle. Elle a estimé qu’il s’agissait d’un cas limite, mais qu’il pouvait être qualifié d’« accidentel » au sens courant du terme.

[14] La juge Newbury a ajouté que, dans l’hypothèse où elle aurait mal analysé l’arrêt *Martin* et où il suffirait de se demander si la lésion corporelle était non voulue ou inattendue, il était évident qu’elle l’était et que, par application de ce critère, la perte découlait d’une « cause accidentelle » comme l’exigeait la police (par. 14-23).

[15] Saunders J.A., concurring, pointed out that *Martin* “did not concern the introduction of a pathogen into the insured’s body or the development of what by any standards must be considered a disease” (para. 35). “The world is populated with pathogens”, she observed, which are acquired through the “regular activities of living” (para. 37), and it may be difficult to perceive a principled difference between the unintended and unexpected contraction of a common ailment (which would not be considered an accident) and genital herpes acquired through sexual intercourse, yet the “state of jurisprudence weighs in favour of Mr. Gibbens” (para. 34). The prudent course is “to follow the view that has already been judicially taken” (para. 38), and leave it to the insurance industry to adapt the wording of its policies in light of jurisprudence.

III. Analysis

[16] A century and a half of insurance litigation has failed to produce a bright line definition of the word “accident”. Insurers have consistently declined to attempt to define the term in their policies. It has been left to the courts to interpret it, and the courts have found the analysis to pose, as an American court put it, “one of the more philosophically complex simple questions”: *Fegan v. State Mutual Life Assurance Co. of America*, 945 F.Supp. 396 (D. N.H. 1996), at p. 399.

[17] Generally speaking the cases exclude from the concept of accident a “bodily infirmity caused by disease in the ordinary course of events”, as summarized in Mr. Welford’s book:

The word “accident” involves the idea of something fortuitous and unexpected, as opposed to something proceeding from natural causes; and injury caused by accident is to be regarded as the antithesis to bodily infirmity caused by disease in the ordinary course of events.

(A. W. Baker Welford, *The Law Relating to Accident Insurance* (2nd ed. 1932), at p. 268)

[15] Dans son opinion concordante, la juge Saunders a signalé que l’affaire *Martin* [TRADUCTION] « ne porte pas sur l’introduction d’un agent pathogène dans l’organisme de l’assuré ni sur l’apparition de ce qu’il faut considérer comme une maladie, de quelque point de vue qu’on se place » (par. 35). Elle a fait observer que [TRADUCTION] « le monde fourmille d’agents pathogènes » auxquels nous sommes exposés dans « les activités de la vie courante » (par. 37) et qu’il peut être difficile de percevoir une distinction rationnelle entre le fait de contracter de manière non voulue et inattendue une maladie répandue (qui ne serait pas considéré comme un accident) et celui de contracter l’herpès génital à l’occasion d’un rapport sexuel, mais que [TRADUCTION] « la jurisprudence actuelle favorise M. Gibbens » (par. 34). La prudence dicte de « suivre la voie déjà adoptée par la jurisprudence » (par. 38) et de laisser aux assureurs le soin d’adapter en conséquence le libellé de leurs polices.

III. L’analyse

[16] Un siècle et demi de contentieux en matière d’assurance n’a pas permis d’établir une définition limpide du mot « accident ». Les assureurs se sont systématiquement refusés à tenter de définir ce mot dans leurs polices. Les tribunaux ont donc dû l’interpréter et, pour reprendre les termes d’un tribunal américain, ont constaté que l’analyse soulevait [TRADUCTION] « l’une des questions simples les plus philosophiquement complexes » : *Fegan c. State Mutual Life Assurance Co. of America*, 945 F.Supp. 396 (D. N.H. 1996), p. 399.

[17] En règle générale, la jurisprudence exclut de la notion d’accident [TRADUCTION] l’« infirmité physique résultant de la maladie dans le cours normal des choses », comme l’a résumé Welford :

[TRADUCTION] Le mot « accident » connote l’idée d’une chose fortuite et inattendue par opposition à une chose procédant de causes naturelles; et une blessure causée par un accident doit être vue comme l’antithèse d’une infirmité physique résultant de la maladie dans le cours normal des choses.

(A. W. Baker Welford, *The Law Relating to Accident Insurance* (2^e éd. 1932), p. 268)

The Welford definition was accepted as authoritative by this Court in *Smith v. British Pacific Life Insurance Co.*, [1965] S.C.R. 434, and in two other cases adopting reasons from the courts below, namely, *Milashenko v. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1970), 11 D.L.R. (3d) 128 (S.C.C.), and *Columbia Cellulose Co. v. Continental Casualty Co.*, [1964] I.L.R. ¶ 1-119 (S.C.C.). More recently, it was adopted by the English Court of Appeal in *De Souza v. Home and Overseas Insurance Co.*, [1995] L.R.L.R. 453, *per* Mustill L.J., at p. 458.

[18] Welford argued that the element of accident may be manifested in the cause or in the result (p. 269). The distinction between accidental cause (or means) and accidental result has been controversial. Cardozo J. (in dissent) famously invoked Milton's *Paradise Lost* in warning that "[t]he attempted distinction between accidental results and accidental means will plunge this branch of the law into a Serbonian Bog"*: *Landress v. Phoenix Mutual Life Insurance Co.*, 291 U.S. 491 (1934), at p. 499. While the recent jurisprudence amply shows the existence (perhaps even the flourishing) of a Serbonian bog, we cannot entirely overlook the fact that Mr. Gibbens' accident policy contains the time-honoured formula confining the risk to bodily injuries that are "occasioned solely through external, violent and accidental means" (emphasis added). The question is what meaning is to be given to those words in context.

[19] It is evident that the parties did not expect the policy to cover all loss or bodily injury. Quite apart from the usual concept of "accident" as itself excluding a bodily infirmity caused by disease in the ordinary course of events, the policy provided separate coverage against the risk of enumerated "critical diseases". Transverse myelitis is not listed among them (although poliomyelitis — which may also result in paraplegia — is so listed). Yet the

* Milton describes "a gulf profound, as that Serbonian bog betwixt Damietta and mount Casius old, where armies whole have sunk": John Milton, *Paradise Lost* (1767), Book II, at p. 44.

Dans *Smith c. British Pacific Life Insurance Co.*, [1965] R.C.S. 434, et dans deux autres arrêts entérinant les motifs des juridictions inférieures, *Milashenko c. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1970), 11 D.L.R. (3d) 128 (C.S.C.), et *Columbia Cellulose Co. c. Continental Casualty Co.*, [1964] I.L.R. ¶ 1-119 (C.S.C.), notre Cour a jugé que cette définition faisait autorité. Plus récemment, la Cour d'appel d'Angleterre l'a retenue dans *De Souza c. Home and Overseas Insurance Co.*, [1995] L.R.L.R. 453, le juge Mustill, p. 458.

[18] Selon Welford, le caractère accidentel peut se manifester dans la cause ou dans la conséquence (p. 269). La distinction entre la cause accidentelle et la conséquence accidentelle a suscité la controverse et inspiré au juge Cardozo (dissident) la phrase célèbre où, évoquant le *Paradis perdu* de Milton, il prévient que [TRADUCTION] « [I]a tentative de distinguer entre conséquence accidentelle et cause accidentelle va enfoncer cette branche du droit dans un marais Serbonian »*: *Landress c. Phoenix Mutual Life Insurance Co.*, 291 U.S. 491 (1934), p. 499. Bien que la jurisprudence récente atteste amplement l'existence d'un tel marais (peut-être même son essor), nous ne pouvons faire complètement abstraction de la présence, dans la police d'assurance accident de M. Gibbens, de la formule consacrée limitant le risque assuré aux lésions corporelles [TRADUCTION] « attribuables uniquement à une cause externe, violente et accidentelle » (je souligne). Il s'agit donc de déterminer le sens à donner à ces mots en tenant compte du contexte.

[19] Il est évident que les parties ne s'attendaient pas à ce que toute perte ou lésion corporelle soit couverte par la police. Indépendamment de la notion usuelle d'« accident », qui exclut elle-même une infirmité physique résultant de la maladie dans le cours normal des choses, la police prévoit une protection distincte contre le risque des « maladies graves » qui y sont énumérées. La myélite transverse n'en fait pas partie (mais la liste inclut la

* Milton décrit un « abîme profond semblable au marais Serbonian, entre Damiette et le vieux mont Casius, où des armées entières ont été englouties »: John Milton, *Paradise Lost* (1767), livre II, p. 44, traduit par Chateaubriand, *Œuvres complètes* (1838).

decision of the B.C. Court of Appeal in this case effectively makes the insurer liable for all sexually transmitted diseases where, as here, the insurer does not contend that the claimant courted the disease either deliberately or negligently. Moreover, as will be seen, the decision would have considerable impact on liability for infectious diseases generally, which are spread in the usual course of events by viruses and bacteria passed from person to person, whether by sneezing in a bus, an unprotected cough in a crowded elevator, or a simple handshake. In my view, for the reasons that follow, the policy here excludes bodily injury from processes that occur naturally within the body in the ordinary course of events and, as well, from diseases that are transmitted in the ordinary way without any associated mishap or trauma except the spread (or inception) of the disease itself.

A. *General Principles of Interpretation*

[20] The courts have developed a number of general interpretative principles that reflect a concern that customers not suffer from the imbalance of power that often exists between insurers and the insured but, on the other hand, that customers obtain no greater coverage than they are prepared to pay for. The exercise of interpretation should avoid “an unrealistic result or a result which would not be contemplated in the commercial atmosphere in which the insurance was contracted”: *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, *per Estey J.*, at p. 901.

(1) Words Like “Accident” Should Be Given Their Ordinary Meaning

[21] In *Mutual of Omaha Insurance Co. v. Stats*, [1978] 2 S.C.R. 1153, Spence J. stated that the word “accident” is “an ordinary word to be interpreted in the ordinary language of the people” (p. 1164). Such terms should be construed “as they would be understood by the average person applying for insurance,

poliomyélite, qui peut elle aussi entraîner la paralysie). La décision de la Cour d’appel a néanmoins pour effet d’engager la responsabilité de l’assureur pour toutes les infections transmissibles sexuellement dans les cas où, comme en l’espèce, il ne prétend pas que l’assuré a bravé le danger d’infection volontairement ou par négligence. Qui plus est, cette décision pourrait, comme on le verra, avoir une incidence considérable sur la responsabilité à l’égard des maladies infectieuses en général, qui se répandent dans le cours normal des choses lorsque les virus ou les bactéries se transmettent d’une personne à l’autre par un sujet infecté qui éternue dans un autobus, tousse sans précaution dans un ascenseur bondé ou donne simplement une poignée de main. Pour les raisons qui suivent, j’estime que la police dont il est question ici exclut les lésions corporelles attribuables à des processus qui se déroulent naturellement dans l’organisme dans le cours normal des choses ainsi qu’à des maladies transmises de façon ordinaire, sans mésaventure ou traumatisme autre que la propagation (ou l’apparition) de la maladie elle-même.

A. *Principes généraux d’interprétation*

[20] Les tribunaux ont élaboré des principes généraux d’interprétation procédant du souci de protéger les consommateurs du déséquilibre des pouvoirs que présentent souvent les rapports assureur-assuré tout en faisant en sorte qu’ils n’obtiennent pas de garanties supérieures à celles dont ils sont disposés à payer le prix. Cet exercice d’interprétation ne devrait pas donner « un résultat irréaliste ou qui ne serait pas envisagé dans le climat commercial dans lequel l’assurance a été contractée » : *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, le juge Estey, p. 901.

(1) Un mot comme « accident » doit s’interpréter suivant son sens courant

[21] Dans *Mutuelle d’Omaha Compagnie d’Assurances c. Stats*, [1978] 2 R.C.S. 1153, le juge Spence a déclaré que le mot « accident » est « un mot ordinaire auquel il faut donner son sens courant » (p. 1164). Les termes de ce genre doivent être interprétés « de la manière dont ils seraient compris par

and not as they might be perceived by persons versed in the niceties of insurance law”: *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029, at p. 1043. This approach was affirmed by McLachlin C.J. in *Martin*, at para. 19.

[22] What then is the “ordinary meaning” of “accident”? In *Canadian Indemnity Co. v. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 309, at pp. 315-16, Pigeon J. suggested that an accident is “any unlooked for mishap or occurrence” (p. 316). This definition was endorsed in *Martin*, at para. 20. *Martin* also quoted *Stats* which similarly held that “‘accident’ . . . denot[es] an unlooked-for mishap or an untoward event which is not expected or designed”. The verbal formula stems from *Fenton v. Thorley & Co.*, [1903] A.C. 443 (H.L.), at p. 448. Of course, as Welford points out, not every unexpected mishap is an accident. Someone who picks up a disease “in the ordinary course of events” would not ordinarily be described as having been in “an accident”.

(2) A Generous Interpretation Should Be Given to the Term “Accident”, Unless a Policy Clearly Restricts It

[23] In *Walkem*, Pigeon J. observed that the jurisprudence assigns a generous meaning to “accident” in the absence of limiting language in the policy (p. 316). Yet, generosity has its limitations as a principle of contractual interpretation. Insurance is written to protect against certain defined risks. Care should be taken not to convert, for example, an accident policy into a general health, disability, or life insurance policy. Accident insurance is relatively cheap compared to the more comprehensive forms of insurance.

[24] Different policies are written to address different needs, although inevitably there will be some overlapping of coverage. In *Wang v. Metropolitan Life Insurance Co.* (2004), 242 D.L.R. (4th) 598

la personne ordinaire qui fait une demande d’assurance et non de la manière dont ils pourraient être perçus par des personnes versées dans les subtilités du droit des assurances » : *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029, p. 1043. La juge en chef McLachlin a confirmé cette démarche dans *Martin*, au par. 19.

[22] Quel est donc le « sens courant » du mot « accident »? Suivant le juge Pigeon, dans *Canadian Indemnity Co. c. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 309, aux p. 315-316, un accident est « toute mésaventure ou malchance imprévue » (p. 316). Cette définition est reprise dans *Martin* (par. 20), qui cite également l’arrêt *Stats* dans lequel notre Cour emprunte à *Fenton c. Thorley & Co.*, [1903] A.C. 443 (H.L.), p. 448, la formule selon laquelle un [TRADUCTION] « “accident” s’entend [. . .] d’une mésaventure inattendue ou d’un malheur qui n’est ni prévu, ni recherché ». Évidemment, comme le souligne Welford, toute mésaventure imprévue ne sera pas un accident. On ne dirait pas normalement de la personne qui attrape une maladie « dans le cours normal des choses » qu’elle a eu « un accident ».

(2) Le mot « accident » doit recevoir une interprétation libérale, à moins que la police n’en limite clairement le sens

[23] Dans *Walkem*, le juge Pigeon a signalé que la jurisprudence donne une interprétation libérale au mot « accident » en l’absence de termes restrictifs dans la police (p. 316). En tant que principe d’interprétation des contrats, l’interprétation large comporte cependant des limites. Une police d’assurance est conçue pour protéger contre des risques définis. Il faut se garder de transformer une police d’assurance accident en police d’assurance maladie, d’assurance invalidité ou d’assurance vie générale, par exemple. L’assurance accident est relativement bon marché en comparaison des régimes d’assurance plus étendus.

[24] Des polices distinctes sont conçues pour répondre à des besoins distincts, bien que des chevauchements dans les garanties soient inévitables. Dans *Wang c. Metropolitan Life Insurance Co.*

(leave to appeal refused, [2005] 1 S.C.R. xvii), discussed below, there was no doubt the husband was entitled to the death benefit under the life insurance policy where his wife died as a result of complications that arose in giving birth to their child. At issue was whether he was *also* entitled to a double indemnity in the form of an *accidental* death benefit. The Ontario Court of Appeal, Laskin J.A. dissenting, held that he was not so entitled. The added element of “accident”, the majority held, was absent.

(3) The Words of an Insurance Contract, When Ambiguous, Should Be Construed Against the Drafter (i.e. the Insurer) (Contra Proferentem)

[25] Whoever holds the pen creates the ambiguity and must live with the consequences. In *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87, at p. 114, Cory J. wrote:

It is right and just to interpret the ambiguities in favour of the insured. It is the insurance company which draws up a contract of insurance. It is the company which determines the clauses which will go into a standard form of contract. It is that standard form of contract which is offered to the people in all walks of life on a take-it-or-leave-it basis.

(See also *Consolidated-Bathurst*, at p. 899.)

This doctrine is complemented by other rules of contractual interpretation which can assist courts where ambiguity is present. None is relevant here.

(4) Where a Policy Is Ambiguous, Effect Should Be Given to the Reasonable Expectations of the Parties

[26] In *Consolidated-Bathurst*, Estey J. wrote at pp. 901-2 that

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.

(2004), 242 D.L.R. (4th) 598 (autorisation d’appel refusée, [2005] 1 R.C.S. xvii), dont il sera question plus loin, il ne faisait aucun doute que le mari, dont la femme était décédée de complications consécutives à un accouchement, avait droit à l’indemnité de décès prévue par la police d’assurance vie; la question était de savoir s’il pouvait *aussi* toucher une double indemnité pour décès *accidentel*. La Cour d’appel de l’Ontario a statué qu’il n’y avait pas droit (le juge Laskin étant dissident). Suivant la majorité, l’élément supplémentaire de l’« accident » faisait défaut.

(3) En cas d’ambiguïté, le libellé d’un contrat d’assurance s’interprète contre son auteur (c.-à-d. l’assureur) (contra proferentem)

[25] L’ambiguïté est le fait du rédacteur, qui doit en assumer les conséquences. Dans *Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87, le juge Cory a écrit, à la p. 114 :

Il est juste et équitable d’interpréter les ambiguïtés en faveur de l’assuré. C’est la compagnie d’assurances qui rédige le contrat d’assurance. C’est elle qui détermine les clauses qui seront incluses dans une formule type de contrat. C’est cette formule type de contrat qui est offerte aux gens de toutes les couches de la société et qui n’ont d’autre choix que d’y souscrire intégralement ou de refuser de le faire.

(Voir également *Consolidated Bathurst*, p. 899.)

D’autres règles d’interprétation des contrats pouvant aider les tribunaux en cas d’ambiguïté complètent ce principe. Aucune n’est pertinente en l’espèce.

(4) En cas d’ambiguïté de la police, on donne effet aux attentes raisonnables des parties

[26] Dans *Consolidated Bathurst*, le juge Estey a écrit, aux 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.

Similarly, in *Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 S.C.R. 252, McLachlin J. urged “the desirability, at least where the policy is ambiguous, of giving effect to the reasonable expectations of the parties” (p. 269).

(5) Continuity of Interpretation

[27] As Newbury J.A. pointed out in the court below, “courts will normally be reluctant to depart from [authoritative] judicial precedent interpreting the policy in a particular way” (para. 30) where the issue arises subsequently in a similar context, and where the policies are similarly framed. Certainty and predictability are in the interest of both the insurance industry and their customers. See *Algoma Steel Corp. v. Allendale Mutual Insurance Co.* (1990), 72 O.R. (2d) 782 (C.A.) (leave to appeal refused, [1991] 1 S.C.R. v); *MacGillivray on Insurance Law* (10th ed. 2003), at para. 11-3; G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2007), at pp. 93-94; and E. R. Hardy Ivamy, *General Principles of Insurance Law* (6th ed. 1993), at p. 355.

[28] It was not suggested in the present case that these principles of interpretation should be modified because Mr. Gibbens’ claim is under a group policy. The contractual nature, and the process of negotiation, of group policies is somewhat different than that of individual policies: see generally D. Norwood and J. P. Weir, *Norwood on Life Insurance Law in Canada* (3rd ed. 2002), at p. 212. Nevertheless, in the absence of argument to the contrary, I proceed on the basis that the usual principles of interpretation apply here.

B. *The Relationship Between Accident and Disease*

[29] Traditionally, the courts have carved out of the potential universe of “unlooked-for mishaps or untoward events which are not expected or designed” the sub-universe of bodily “infirmities]

Dans *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252, la juge McLachlin a pareillement souligné « qu’il est souhaitable, tout au moins dans les cas où la police est ambiguë, de donner effet aux attentes raisonnables des parties » (p. 269).

(5) Constance dans l’interprétation

[27] Comme la juge Newbury, de la Cour d’appel, l’a signalé, [TRADUCTION] « les tribunaux hésitent habituellement à s’écarter de l’interprétation attribuée à une police dans une décision antérieure [faisant autorité] » (par. 30) lorsqu’ils sont saisis de la même question d’interprétation dans un contexte semblable et que les polices ont un libellé analogue. La certitude et la prévisibilité servent tout autant les intérêts des assureurs que ceux des consommateurs. Voir *Algoma Steel Corp. c. Allendale Mutual Insurance Co.* (1990), 72 O.R. (2d) 782 (C.A.) (autorisation d’appel refusée, [1991] 1 R.C.S. v); *MacGillivray on Insurance Law* (10^e éd. 2003), par. 11-3; G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2007), p. 93-94; et E. R. Hardy Ivamy, *General Principles of Insurance Law* (6^e éd. 1993), p. 355.

[28] Personne n’a soutenu en l’espèce que ces principes d’interprétation devraient être modifiés parce que la réclamation de M. Gibbens s’appuie sur une police collective. Certes, la nature contractuelle et le processus de négociation d’une police collective diffèrent de ceux d’une police individuelle : voir à ce sujet, en général, D. Norwood et J. P. Weir, *Norwood on Life Insurance Law in Canada* (3^e éd. 2002), p. 212. Or, à défaut d’argument contraire, je tiens pour avérée l’application des principes d’interprétation habituels à l’affaire dont nous sommes saisis.

B. *Le lien entre l’accident et la maladie*

[29] Les tribunaux excluent habituellement de l’ensemble potentiel des « mésaventures inattendues ou malheurs qui n’étaient ni prévus, ni recherchés » le sous-ensemble des « infirmités » physi-

In adopting this approach to the definition of “accident”, Welford was treading a well-worn path reaching back at least to 1861 when Cockburn C.J. decided *Sinclair v. Maritime Passengers’ Assurance Co.* (1861), 3 E.L. & E.L. 478, 121 E.R. 521, at p. 524. In that case, a sea captain had sailed his ship *The Sultan* to the southwest coast of India, and while “superintending the turning of the said ship . . . was struck down by a sunstroke, and died the same day from the effects of the said sunstroke” (p. 523). The court held that sunstroke “is a disease to which persons exposing themselves to the sun in a tropical climate are more or less liable” (pp. 524-25), and the sea captain’s death must therefore “be considered as having arisen from a ‘natural cause,’ and not from ‘accident,’ within the meaning of this policy” (p. 525). A similar conclusion was reached in *Wyman v. Dominion of Canada General Insurance Co.*, [1936] 2 D.L.R. 268 (Ont. S.C.), where a street cleaner died from heat exposure while working the streets of Toronto on the second hottest summer day of 1935. In England the more recent *De Souza* (1995) case reached the same conclusion on similar facts (tourist goes to hot climate, spends too much time in the sun, succumbs to sunstroke).

[30] In the course of giving his judgment in *Sinclair*, Cockburn C.J. offered an illustration of how, in his view, the concepts of accident, disease and natural causes related to one another:

Thus disease or death engendered by exposure to heat, cold, damp, the vicissitudes of climate, or atmospheric influences, cannot, we think, properly be said to be accidental; unless at all events, the exposure is itself brought about by circumstances which may give it the character of accident. Thus (by way of illustration), if, from the effects of ordinary exposure to the elements, such as is common in the course of navigation, a mariner should catch cold and die, such death would not be accidental; although if, being obliged by shipwreck or other disasters to quit the ship and take to the sea in an open boat, he remained exposed to wet and cold for some time, and death ensued therefrom, the death might properly be held to be the result of accident. [p. 524]

des choses ». En abordant sous cet angle la définition d’« accident », Welford empruntait un sentier bien tracé, dont l’origine remonte au moins à la décision rendue par le juge en chef Cockburn dans *Sinclair c. Maritime Passengers’ Assurance Co.* (1861), 3 E.L. & E.L. 478, 121 E.R. 521, p. 524. Dans cette affaire, un capitaine au long cours avait mené son navire, *The Sultan*, sur les côtes sud-ouest de l’Inde et, alors qu’il [TRADUCTION] « surveillait le changement de cap du navire [. . .] il a été victime d’une insolation et a succombé le même jour à ses effets » (p. 523). La cour a conclu que l’insolation [TRADUCTION] « est une maladie dont ceux qui s’exposent au soleil dans les climats tropicaux risquent plus ou moins de souffrir » (p. 524-525) et que la mort du capitaine devait donc [TRADUCTION] « être considérée comme un décès découlant d’une “cause naturelle” et non d’un “accident” au sens de la police » (p. 525). L’affaire *Wyman c. Dominion of Canada General Insurance Co.*, [1936] 2 D.L.R. 268 (C.S. Ont.), relative à un balayeur de rues de Toronto mort d’un coup de chaleur au travail pendant la deuxième journée la plus chaude de l’été 1935, a donné lieu à une conclusion similaire. Devant des faits semblables (un touriste mourant d’insolation après avoir passé trop de temps au soleil dans un pays chaud), un tribunal anglais a plus récemment tiré la même conclusion, dans l’affaire *De Souza* (1995).

[30] En rendant jugement dans *Sinclair*, le juge en chef Cockburn a donné un exemple des liens existant selon lui entre les notions d’accident, de maladie et de causes naturelles :

[TRADUCTION] Ainsi, la maladie ou la mort attribuable à l’exposition à la chaleur, au froid, à l’humidité, aux vicissitudes du climat ou aux conditions atmosphériques ne saurait être considérée comme accidentelle, à notre avis, à moins que l’exposition elle-même ne découle de circonstances propres à lui conférer une nature accidentelle. Si, par exemple, un marin attrape un rhume et meurt après une exposition ordinaire à des éléments tels qu’on en rencontre en naviguant, son décès ne sera pas accidentel, mais si un naufrage ou autre désastre l’oblige à quitter le navire dans une embarcation non pontée et qu’il est exposé pendant un certain temps à l’eau et au froid et en meurt, le décès pourrait à bon droit être attribué à un accident. [p. 524]

For present purposes, keeping in mind the importance of continuity of interpretation, I make three observations on the interpretation of “accident” in an insurance policy. Firstly, in both of Cockburn C.J.’s alternative fact situations, as well as in *Wyman* and *De Souza*, death occurred from natural causes (i.e. exposure). Such a death may be classified as the outcome of an accident, or it may not, depending on how the court characterizes the facts that gave rise to it. Secondly, the traditional key to liability under an accident policy has been to identify a “mishap or untoward event” to which the disease or death can be attributed. Unless the bodily injury arose from a mishap of some sort there can generally be no liability under an accident policy. Thirdly, in choosing the example of “catching a cold” in the context of deciding a “sunstroke” case, Cockburn C.J. made it doubly clear that by “disease” he did not limit himself to degenerative diseases brought about by age or wear and tear. Young and healthy people suffer sunstroke and catch colds. Such ailments can, when shown to be the product of an antecedent event correctly characterized as accidental, be covered. *Sinclair* is also an early example of the principle that the entire chain of events must be looked at, and not just the means *or* the end result, to determine if the loss can be considered accidental, an approach recently affirmed by this Court in *Martin*, at para. 14.

[31] Disease for present purposes may be defined as:

In general, a departure from the normal state of health. More specifically, a disease is the sum total of the reactions, physical and mental, made by a person to a noxious agent entering his body from without or arising within (such as a micro-organism or a poison), an injury, a congenital or hereditary defect, a metabolic disorder, a food deficiency or a degenerative process. These cause pathological changes in organs or

Relativement à l’affaire qui nous concerne, je ferai trois observations concernant l’interprétation du mot « accident » dans une police d’assurance, compte tenu de l’importance d’une interprétation constante. Premièrement, dans les deux situations décrites par le juge Cockburn, comme dans celles des affaires *Wyman* et *De Souza*, le décès découlait de causes naturelles (exposition aux éléments). De tels décès seront ou non considérés comme accidentels suivant la qualification par le tribunal de leurs éléments déclencheurs. Deuxièmement, le fondement classique de l’obligation découlant de l’assurance accident est une « mésaventure » ou un « malheur » donné auquel le décès ou la maladie peut être attribué. En l’absence de lésion corporelle résultant d’une mésaventure quelconque, il ne peut généralement pas y avoir d’obligation d’indemnisation au titre d’une police d’assurance accident. Troisièmement, en recourant à l’exemple du « rhume » dans le contexte d’une affaire d’« insolation », le juge Cockburn a indiqué on ne peut plus clairement que la « maladie » ne se limitait pas, pour lui, aux affections dégénératives résultant de l’âge ou de l’usure. Des personnes jeunes et en santé ont des insulations ou des rhumes. De tels maux, lorsqu’il est démontré qu’ils ont été causés par un incident antérieur qualifié à bon droit d’accidentel, peuvent être couverts. *Sinclair* renferme également l’un des premiers énoncés du principe voulant qu’il faille examiner toute la suite d’événements et non pas seulement la cause *ou* la conséquence finale pour déterminer si la perte peut être considérée comme accidentelle, une démarche que notre Cour a récemment confirmée dans *Martin*, au par. 14.

[31] Pour les besoins du présent pourvoi, on peut définir ainsi la maladie :

[TRADUCTION] De façon générale, altération de l’état de santé normal et, plus précisément, ensemble des réactions physiologiques et mentales à un agent pathogène déjà présent dans l’organisme ou qui s’y introduit (p. ex. un micro-organisme ou un poison), à une blessure, à une déficience congénitale ou héréditaire, à un trouble métabolique, à une carence alimentaire ou à un processus dégénératif. S’ensuivent, dans les organes ou

tissues which are revealed by characteristic signs and symptoms.

(*Butterworths Medical Dictionary* (2nd ed. 1978), at p. 523)

[32] The distinction between “accidents” and “diseases contracted in the ordinary course of events” is often not an easy one to make in practice. The difficulty is illustrated by *Brintons, Ltd. v. Turvey*, [1905] A.C. 230. In that case a man died after working with wool in the defendant’s factory. A bacillus from infected wool had found its way into the man’s eye, and it developed into anthrax. The insurer argued that this was death from disease, not by accident. Lord Lindley in the House of Lords, in rejecting this position, held that “[t]he fact that an accident causes injury in the shape of disease does not render the cause not an accident” (p. 238), but the dissenting judgment of Lord Robertson supplied a pertinent caution. He expressed the concern that as a result of allowing such a claim “[I]n every case in which a man dies of any infectious disease . . . all he has got to do is to get the doctor to prove (what could not be disputed) that a bacillus did it, and the accident is there” (p. 235). Referring to illustrations given by his colleague the Earl of Halsbury L.C. in the same case of “tetanus, pneumonia, or erysipelas ensuing on accident”, he continued that such illustrations “differ from the present case in the one point essential to the controversy, for in the illustrations there is postulated an accident distinct from the disease, while in the case before your Lordships the so-called ‘accident’ is simply the inception of the disease” (p. 236). In this, perhaps, Lord Robertson anticipated the *dictum* of Cardozo J. that “[i]f there was no accident in the means, there was none in the result” (*Landress*, at p. 501).

[33] *Brintons* was decided under a legislative scheme to compensate workers injured on the job. Such schemes are, as they ought to be, generously interpreted in favour of injured workers. Decisions about the meaning of “accident” under

les tissus, des changements d’ordre pathologique qui se révèlent par des signes et symptômes caractéristiques.

(*Butterworths Medical Dictionary* (2^e éd. 1978), p. 523)

[32] Il est souvent difficile, en pratique, de distinguer entre l’« accident » et la « maladie contractée dans le cours normal des choses ». Cette difficulté est illustrée dans *Brintons, Ltd. c. Turvey*, [1905] A.C. 230. Dans cette affaire, un homme est décédé après avoir manipulé de la laine dans l’usine de la défenderesse. Un bacille présent dans la laine s’était communiqué à l’œil du travailleur, qui avait alors contracté la maladie du charbon. L’assureur a soutenu que le décès était attribuable à une maladie et non à un accident. Lord Lindley, de la Chambre des lords, a rejeté cet argument, déclarant que [TRADUCTION] « [I]l fait qu’un accident cause un préjudice physique prenant la forme d’une maladie ne rend pas la cause moins accidentelle » (p. 238). Par ailleurs, lord Robertson a formulé une mise en garde pertinente dans sa dissidence en faisant état de sa crainte qu’accueillir une telle demande ait pour conséquence que [TRADUCTION] « tout ce qu’il y a à faire lorsqu’un décès résulte d’une maladie infectieuse [. . .] est de faire prouver par le médecin (ce qui ne peut être réfuté) qu’un bacille a causé la mort, et il y a accident » (p. 235). Se reportant aux exemples donnés par son collègue le comte Halsbury, lord chancelier, dans la même affaire — le tétanos, la pneumonie ou l’érysipèle faisant suite à un accident — il a ajouté que ces exemples « diffèrent de la présente situation sur un point essentiel au débat, car ils reposent sur le postulat d’un accident distinct de la maladie, alors qu’en l’espèce, l’“accident” n’est que l’apparition de la maladie » (p. 236). Ainsi, lord Robertson a peut-être devancé la remarque incidente du juge Cardozo : [TRADUCTION] « Si la cause n’a rien d’accidentel, le résultat n’a rien d’accidentel non plus » (*Landress*, p. 501).

[33] L’affaire *Brintons* a été décidée sur le fondement d’un régime législatif visant à indemniser les employés blessés au travail. Ce genre de régime est interprété généreusement, comme il se doit, en faveur des employés blessés. Souvent, dans le cadre

such legislative schemes often turn on the particular statutory text, purpose and legislative history. Accordingly, such decisions should be viewed with caution when it is sought to apply them to private insurance policies. Nevertheless, the debate in *Brintons* about the general relationship between accident and disease helpfully illustrates an analytical issue at the heart of the present appeal. I quote it only for that limited purpose.

[34] A more recent illustration of the problematic relationship between accident and disease is *Toronto Professional Firefighters' Association v. Toronto (City)* (2007), 223 O.A.C. 146 (Div. Ct.). In that case a claim was brought on behalf of a firefighter who died of renal failure caused by his contact with toxic substances over his 20 years fighting fires. A claim for accident coverage was made under the terms of a collective agreement. A labour arbitrator decided that the insured did not die as a result of an "accident" but his decision was quashed by the Ontario Divisional Court. It was established that the firefighter's renal cancer was caused by "exposures to toxic substances . . . when the dangers were unknown and the safety equipment was unsafe" (para. 53). This was a case where an "unlooked-for mishap or occurrence" *caused* a disease. It was not a case of the spread of the disease itself in the ordinary course of events. In the language of *Brintons*, there was "postulated" in *Toronto Professional Firefighters* an accident (or chain of events) distinct from the disease.

C. *The Definition of "External, Violent and Accidental Means"*

[35] As *Sinclair* shows, the fact that Mr. Gibbens' paraplegia was caused by a disease does not in itself bar his claim. The question according to the insurer, relying on Welford, is whether Mr. Gibbens acquired the disease "in the ordinary course of events". The insurer says that nothing could be a more ordinary part of life than sexual intercourse with a willing partner. Mr. Gibbens responds that

de tels régimes, les décisions sur ce que constitue un « accident » se fondent sur le libellé de la mesure législative, son objet et l'historique législatif. C'est pourquoi la prudence est de mise lorsqu'il s'agit de les appliquer à des polices d'assurance privée. Néanmoins, l'analyse que fait la cour dans *Brintons* sur le rapport général entre l'accident et la maladie sert à illustrer une question fondamentale dans le présent pourvoi. Je ne la cite qu'à cette seule fin.

[34] Plus récemment, une autre affaire a mis en lumière le rapport problématique entre l'accident et la maladie. Dans *Toronto Professional Firefighters' Association c. Toronto (City)* (2007), 223 O.A.C. 146 (C. div.), une demande d'indemnité pour accident avait été présentée sous le régime de la convention collective au nom d'un pompier qui avait succombé à une insuffisance rénale causée par son exposition à des substances toxiques pendant 20 ans de métier. L'arbitre du travail avait conclu que l'assuré n'était pas décédé des suites d'un « accident », mais la Cour divisionnaire de l'Ontario a annulé sa décision. Il avait été démontré que le cancer du rein du pompier était attribuable à son [TRADUCTION] « exposition à des substances toxiques [. . .] à une époque où les dangers n'étaient pas connus et où l'on ne disposait pas d'un équipement de sécurité efficace » (par. 53). Il s'agissait d'un cas où la « mésaventure ou malchance imprévue » avait *causé* une maladie. Il ne s'agissait pas d'un cas de propagation de la maladie elle-même dans le cours normal des choses. Pour reprendre les termes utilisés dans *Brintons*, l'affaire *Toronto Professional Firefighters* reposait sur le « postulat » d'un accident (une suite d'événements) distinct de la maladie.

C. *La définition de « cause externe, violente et accidentelle »*

[35] Si on suit le raisonnement adopté dans l'affaire *Sinclair*, l'origine pathologique de la paraplégie ne fait pas en soi obstacle à la demande d'indemnisation de M. Gibbens. La question qu'il faut se poser, suivant l'assureur, qui cite Welford, est si M. Gibbens a contracté la maladie « dans le cours normal des choses ». L'assureur affirme que rien n'est plus normal qu'une relation sexuelle avec

paraplegia, being a totally unexpected outcome of sex “in the ordinary course of events”, should be deemed to have come about through “accidental means” within the meaning of the policy.

[36] Welford’s definition of accident is a good starting point. For ease of reference I repeat it:

The word “accident” involves the idea of something fortuitous and unexpected, as opposed to something proceeding from natural causes; and injury caused by accident is to be regarded as the antithesis to bodily infirmity caused by disease in the ordinary course of events. [p. 268]

[37] Welford defines accident as much by what it is *not*, i.e. “bodily infirmity caused by disease in the ordinary course of events”, as by what it *is*, i.e. “something fortuitous and unexpected”. In the present appeal, as might be anticipated, counsel for Mr. Gibbens spent much time emphasizing the latter phrase at the expense of the former, and counsel for the insurance company did the opposite. The acquisition of a disease can frequently be considered an “unlooked-for mishap”, broadly speaking. The challenge in this appeal is to relate different types of insurance risk and coverage in a way that makes sense “in the commercial atmosphere in which the insurance was contracted”: *Consolidated-Bathurst*, at p. 901.

[38] For present purposes it is important to keep in mind that diseases are transferred from person to person through natural processes such as coughing or sneezing in someone’s presence “in the ordinary course of events”. The viruses thus transmitted may, in some situations, prove to have calamitous and unexpected consequences. Yet, if such transmissions are, viewed with hindsight, to be classified as accidents, then the accident policy becomes a comprehensive health policy. Moreover, such a theory comes close, as Professor Adam Scales writes, “to finding an accident simply by tracing the path of the bacillus. It is the fortuity of ‘knowing’ how the disease reached its ultimate victim that lends a superficially accidental character to the transaction” (“Man, God and the Serbonian Bog: The

un partenaire consentant. M. Gibbens lui oppose que, la paraplégie étant une conséquence tout à fait inattendue d’une relation sexuelle « dans le cours normal des choses », il faut présumer que sa cause est « accidentelle » au sens de la police.

[36] La définition d’un accident énoncée par Welford est un bon point de départ. Je la reproduis donc de nouveau, par souci de commodité :

[TRADUCTION] Le mot « accident » connote l’idée d’une chose fortuite et inattendue par opposition à une chose procédant de causes naturelles; et une blessure causée par un accident doit être vue comme l’antithèse d’une infirmité physique résultant de la maladie dans le cours normal des choses. [p. 268]

[37] Welford définit l’accident autant par ce qu’il *n’est pas*, « une infirmité physique résultant de la maladie dans le cours normal des choses », que par ce qu’il *est*, « une chose fortuite et inattendue ». En l’espèce, comme on pouvait s’y attendre, l’avocat de M. Gibbens a beaucoup mis l’accent sur la deuxième mention et peu sur la première, et celui de l’assureur a fait l’inverse. De façon générale, on peut souvent considérer que tomber malade relève de la « mésaventure inattendue ». La difficulté dans le présent pourvoi consiste à établir, entre différents types de risques et de garanties en matière d’assurance, un lien qui soit logique « dans le climat commercial dans lequel l’assurance a été contractée » : *Consolidated Bathurst*, p. 901.

[38] À cette fin, il faut garder à l’esprit que les maladies sont transmises par des processus naturels comme la toux ou les éternuements en présence d’autres personnes « dans le cours normal des choses ». Dans certains cas, les virus ainsi transmis peuvent avoir des conséquences imprévues et tragiques, mais si l’on devait pour cela considérer rétrospectivement leur transmission comme accidentelle, on transformerait l’assurance accident en assurance maladie générale. En outre, comme l’écrit le professeur Adam Scales, une telle conception revient presque à [TRADUCTION] « conclure à un accident simplement en établissant le parcours du bacille. C’est la “connaissance” fortuite de la façon dont la maladie a atteint sa dernière victime qui confère superficiellement à la contagion un caractère

Evolution of Accidental Death Insurance” (2000-2001), 86 *Iowa L. Rev.* 173, at p. 288).

[39] On the other hand, the insurance industry ought not use “disease” to extricate itself from valid accidental claims. As the Earl of Halsbury L.C. put it in *Brintons*, “It does not appear to me that by calling the consequences of an accidental injury a disease one alters the nature of the consequential results of the injury that has been inflicted” (pp. 233-34).

D. *The Expectation Test*

[40] Mr. Gibbens argued that *Martin* did away with the need to consider the “accidental means” if the resulting death or disease was “unexpected” but this is not so. In *Martin*, a doctor, who was addicted to morphine and Demerol, killed himself by a self-administered drug overdose. The Court rejected the insurer’s argument that the category of death caused by accidental means was narrower than the general category of accidental death. However, *Martin*, not being a “disease” case, found it unnecessary to address the traditional distinction between “disease” and “accident”. Instead, the question “Did the insured expect to die?” went to the issue of whether a death brought about by the deliberate act of self-injection could be considered accidental (through his miscalculation of the dosage) or was it necessarily to be considered suicide. The result (death) was consistent with either hypothesis. However, it was reasoned, if the doctor’s miscalculation created an “unlooked-for mishap or an untoward event which [was] not expected or designed”, death by overdose would qualify as an accident. In *Martin* the policy language was for all practical purposes the same as in the present case.

[41] In *Martin*, the Chief Justice, at para. 14, quoted Justice Cardozo’s observation that “[i]f there was no accident in the means, there was none in the

accidental » (« Man, God and the Serbonian Bog : The Evolution of Accidental Death Insurance » (2000-2001), 86 *Iowa L. Rev.* 173, p. 288).

[39] Par contre, il ne faut pas que l’industrie de l’assurance allègue la « maladie » pour se dérober à des demandes valides d’indemnisation pour accident. Comme l’a indiqué le comte Halsbury, lord chancelier, dans *Brintons*, [TRADUCTION] « [j]e ne sache pas qu’en qualifiant de maladie les conséquences d’une blessure accidentelle, l’on modifie la nature des effets de la blessure qui a été infligée » (p. 233-234).

D. *Le critère de l’attente*

[40] M. Gibbens a soutenu qu’il n’est plus nécessaire, depuis l’arrêt *Martin*, d’examiner la question de la « cause accidentelle » lorsque la maladie ou le décès qui en découle est « inattendu ». Or, ce n’est pas le cas. Dans *Martin*, un médecin souffrant d’une dépendance à la morphine et au Demerol s’était injecté une surdose létale de drogue. La Cour a rejeté l’argument de l’assureur voulant que la catégorie des décès dus à une cause accidentelle soit plus restreinte que la catégorie générale des décès accidentels. Toutefois, cette affaire ne faisant pas intervenir de « maladie », la Cour a jugé inutile d’examiner la distinction classique entre « maladie » et « accident ». La question de savoir « si l’assuré s’attendait à mourir » visait plutôt à déterminer si le décès consécutif à une injection délibérée pouvait être considéré comme accidentel (en tant qu’erreur de jugement concernant la dose) ou s’il fallait nécessairement conclure au suicide. La mort était un résultat compatible avec l’une ou l’autre de ces deux hypothèses. La Cour a toutefois estimé que si l’erreur de jugement du médecin avait entraîné une « mésaventure inattendue ou [u]n malheur qui [n’était] ni prévu, ni recherché », le décès par surdose pouvait être considéré comme accidentel. Le libellé de la police, en l’espèce, est presque identique à celui de la police en cause dans *Martin*.

[41] Au paragraphe 14 de l’arrêt *Martin*, la Juge en chef a mentionné l’observation du juge Cardozo selon laquelle [TRADUCTION] « [s]i la cause n’a

result”: *Landress*, at p. 501. “Means”, she wrote, “refers to one or more actions or events, seen under the aspect of their causal relation to the events they bring about” (para. 13). Accordingly, in *Martin*, the end result taken in isolation did not determine the outcome of the claim. The core of the argument was whether the means (the injection) was deliberate (suicide) or accidental (i.e. a miscalculation or misjudgment by the insured doctor). Consideration of the means by which the loss was brought about was not excluded from the analysis. The circumstances surrounding the fatal injection were crucial. It could not be otherwise given the language of the accidental risk endorsement.

[42] The focus of the Chief Justice’s reasoning in *Martin* is evident from the line of “miscalculation” cases on which she relied. The insured in *Glenlight Shipping Ltd. v. Excess Insurance Co.*, 1983 S.L.T. 241 (Sess. 2nd Div.), died when he drove off a ferry into the sea, erroneously believing that the ferry had reached the pier. In *Cornish v. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453 (C.A.), the insured died when he was hit by a train as he crossed a railway track, having failed to notice the oncoming train. The insured in *Brown v. Continental Casualty Co.*, 108 So. 464 (La. 1926), regularly inhaled chloroform to relieve headache and insomnia, and killed himself when he mistakenly took more than the usual dose. The insured in *Bertalan Estate v. American Home Assurance Co.* (1999), 68 B.C.L.R. (3d) 118 (S.C.), made regular use of nitrous oxide, and died when he failed to remove the mask that delivered the gas to him in a timely fashion. In all these cases, death was held to be accidental. In all of them death was unexpected. All of them resulted from a miscalculation or misjudgment of an event on the part of the deceased insured. None of them involved disease.

[43] At the same time, a claimant who can establish that death was unexpected does not thereby, without more, establish a valid accident. Otherwise, every bad happening, natural or unnatural, whether caused by disease in the ordinary course of events

rien d’accidentel, le résultat n’a rien d’accidentel non plus » : *Landress*, p. 501. Le mot « cause », a-t-elle indiqué, « renvoie à un seul ou à plusieurs actes ou événements considérés sous l’angle de leur lien de causalité avec les faits qui en résultent » (par. 13). Dans *Martin*, par conséquent, l’issue de la demande d’indemnisation n’a pas dépendu du résultat final, pris isolément. La question cruciale était de savoir si la cause (l’injection) était délibérée (suicide) ou accidentelle (erreur de jugement du médecin assuré). La cause qui a entraîné la perte n’a pas été exclue de l’analyse. En effet, les circonstances entourant l’injection fatale étaient capitales. Il ne pouvait en être autrement compte tenu du libellé de l’avenant relatif à la garantie contre le risque d’accident.

[42] L’élément central du raisonnement de la Juge en chef ressort clairement de la jurisprudence sur l’« erreur de jugement » qu’elle cite dans *Martin*. Dans l’affaire *Glenlight Shipping Ltd. c. Excess Insurance Co.*, 1983 S.L.T. 241 (Sess. 2nd Div.), l’assuré, croyant à tort le traversier accosté, avait précipité son véhicule dans la mer et y avait trouvé la mort. Dans *Cornish c. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453 (C.A.), l’assuré était mort happé par un train qu’il n’avait pas vu venir en traversant la voie ferrée. Dans *Brown c. Continental Casualty Co.*, 108 So. 464 (La. 1926), l’assuré, qui inhalait régulièrement du chloroforme pour soulager des maux de tête et de l’insomnie, était mort après avoir pris par mégarde une dose supérieure à la dose habituelle. Dans *Bertalan Estate c. American Home Assurance Co.* (1999), 68 B.C.L.R. (3d) 118 (C.S.), l’assuré était mort parce qu’il n’avait pas retiré à temps le masque au moyen duquel il s’administrait régulièrement de l’oxyde nitreux. Dans tous ces cas, le tribunal a conclu à un décès accidentel. Dans tous ces cas, le décès était inattendu. Dans tous ces cas, il y a eu erreur de jugement de la part de l’assuré. Dans aucun la maladie n’était en cause.

[43] Il ne suffit toutefois pas de démontrer simplement que le décès était inattendu pour établir valablement qu’il y a eu accident. S’il en était autrement, tout incident fâcheux, naturel ou non, causé ou non par une maladie dans le cours

or otherwise, would be classified as an accident. Take the case of an insured who is sitting on a couch in front of her television set when suddenly she suffers a stroke and dies. The tragedy is totally unexpected. Yet, there is no accident involved in any ordinary manner of speech.

E. *Disease in the Ordinary Course of Events*

[44] We come now to the unsuccessful attempt in *Wang* to apply a simple “expectation test” to a disease/natural causes situation. In that case the deceased woman suffered a cardiac arrest soon after giving birth by elective Caesarean section. The Caesarean was performed in the standard fashion and was uneventful. Shortly thereafter, however, she encountered difficulty with her breathing, turned blue, and died of cardiac arrest. A post-mortem examination established the cause of death as “amniotic fluid embolism”, which was described as a rare, unpredictable and non-preventable complication of pregnancy. The insurance policy provided added compensation on “proof that the insured died, directly and independently of all other causes, as a result of an accident” unless the death was “caused or contributed to, directly or indirectly, by physical or mental illness or treatment for the illness” (para. 3). The husband of the deceased argued (relying on *Martin*) that the central question was whether a reasonable person in the position of his wife would have expected to die (para. 7). The answer obviously was no, but, in the majority view, the unexpected nature of the outcome did not, without more, establish an accidental loss. Charron J.A., as she then was, pointed out that *Martin*, at para. 23, stated that “[t]he expectation test can be applied generally to all cases in which death appears to be accidental” (*Wang*, at para. 25 (emphasis added)). A death from natural causes is not one that would “appear to be accidental” in ordinary speech. Thus:

... a person’s unexpected death during his ... sleep, caused by aneurysm or other condition with fatal

normal des choses, entrerait dans la catégorie des accidents. Prenons le cas d’une assurée qui meurt soudainement d’un accident vasculaire cérébral en regardant la télévision assise sur son canapé. Cette tragédie est tout à fait inattendue. Pourtant, il ne s’agit pas d’un accident au sens courant du terme.

E. *Maladie dans le cours normal des choses*

[44] Nous en venons maintenant à la tentative infructueuse, dans *Wang*, d’appliquer le simple « critère de l’attente » à une situation de maladie ou de causes naturelles. Dans cette affaire, une mère était décédée d’un arrêt cardiaque peu de temps après une césarienne planifiée. La césarienne avait été pratiquée sans incident selon la méthode habituelle. Toutefois, la patiente avait peu après éprouvé des difficultés respiratoires, accompagnées d’une cyanose, et avait succombé à un arrêt cardiaque. L’autopsie a révélé que la cause du décès était une « embolie amniotique », soit une complication rare, imprévisible et impossible à prévenir de la grossesse. La police d’assurance prévoyait une indemnité supplémentaire sur [TRADUCTION] « preuve que l’assuré est décédé directement des suites d’un accident indépendamment de toute autre cause », sauf si le décès [TRADUCTION] « résulte directement ou indirectement d’une maladie physique ou mentale ou de son traitement » (par. 3). Le mari de la défunte a soutenu (en invoquant *Martin*) que la question fondamentale était de savoir si une personne raisonnable dans la situation de sa femme se serait attendue à mourir (par. 7). Bien évidemment, la réponse était non, mais les juges majoritaires ont estimé que le caractère inattendu de l’issue, à lui seul, ne permettait pas de conclure à un accident. La juge Charron (maintenant juge de notre Cour), a souligné que, selon l’arrêt *Martin*, au par. 23, « [l]e critère de l’attente est généralement applicable dans tous les cas où un décès paraît accidentel » (*Wang*, par. 25 (je souligne)). Or, un décès découlant de causes naturelles n’est pas un décès qui [TRADUCTION] « paraît accidentel » au sens courant du terme. En conséquence :

[TRADUCTION] ... le décès inattendu d’une personne pendant son sommeil, causé par la rupture d’un

consequences, would not be described as an accident in ordinary and popular language. [para. 27]

In other words, expectations, while relevant, must be placed in the context of the other circumstances of the case. Neither the means nor the result should be viewed in isolation.

[45] *Wang* illustrates that just because an outcome is unexpected does not establish the existence of an accident within the scope of the policy. In *Martin*, the Court was able to infer accidental means from the circumstances of the death that pointed to a miscalculation. The Court rejected the insurer's argument that deaths that are the natural and predictable consequences of deliberate actions could never be considered accidental, but the Court, nevertheless, found it necessary to identify a miscalculation as a necessary step in finding the claim to be valid (para. 17). There is no necessary equivalence between "unexpected" and "accident". If a man, sitting at a bus station, is hit by a bus that has careened out of control, that is unquestionably an accident — but it is not an accident by virtue of the fact that the man did not expect it.

[46] According to the "expectations" test advanced by Mr. Gibbens, any unexpected loss becomes an accident. But this ignores the fact that the insurer did not issue a policy against the risk of "*unexpected* bodily injuries".

[47] *Wang* concerned death caused by the natural processes of the body in the ordinary course of the delivery of a baby. In the case of Mr. Gibbens we are dealing with a disease transmitted in the ordinary course of having sex.

F. *The Scope of Coverage Provided to Mr. Gibbens*

[48] At this point, the question is to determine, in light of the general principles of interpretation already cited, what "the average person applying for insurance" would understand by the terms of Mr. Gibbens' group policy. He or she would take notice not only of the written text but the juxtaposition of limited coverage for critical diseases and

anévrisme ou une autre pathologie aux conséquences fatales, ne serait pas qualifié d'accidentel dans la langue courante. [par. 27]

Autrement dit, les attentes, bien que pertinentes, doivent être considérées dans le contexte des autres circonstances de l'affaire. Ni la cause ni le résultat ne doivent être examinés isolément.

[45] Le jugement dans *Wang* démontre que le caractère inattendu d'un résultat ne permet pas d'établir à lui seul l'existence d'un accident au sens de la police. Dans *Martin*, la Cour a pu inférer l'existence d'une cause accidentelle des circonstances du décès qui révélaient une erreur de jugement. Elle a rejeté l'argument de l'assureur selon lequel les décès découlant naturellement et de façon prévisible d'actes délibérés ne peuvent jamais être considérés comme accidentels, mais elle a néanmoins jugé nécessaire de trouver une erreur de jugement pour conclure à la validité de la demande d'indemnisation (par. 17). Il n'y a pas nécessairement équivalence entre « caractère inattendu » et « accident ». Si une personne assise à un terminus d'autobus se fait happer par un autobus dont le chauffeur a perdu la maîtrise, il y a incontestablement accident, mais cela ne tient pas au fait que la victime ne s'y attendait pas.

[46] Suivant le critère des « attentes » formulé par M. Gibbens, toute perte inattendue devient un accident. Or, une telle conception néglige le fait que l'assureur n'a pas émis un police d'assurance contre le risque de « lésions corporelles *inattendues* ».

[47] L'affaire *Wang* portait sur un décès attribuable à des processus physiologiques naturels dans le cours normal d'un accouchement. Dans le cas de M. Gibbens, il s'agit d'une maladie transmise dans le cours normal d'une relation sexuelle.

F. *L'étendue de la garantie fournie à M. Gibbens*

[48] Il s'agit maintenant de déterminer, compte tenu des principes d'interprétation dont nous avons fait état, ce que la « personne ordinaire qui fait une demande d'assurance » comprendrait des clauses de la police d'assurance collective de M. Gibbens. Elle remarquerait non seulement le libellé de la police, mais aussi la juxtaposition de la garantie limitée

the separate and distinct coverage for bodily injuries occasioned “solely through external, violent and accidental means”. The prospective customer would thereby understand that he or she was not buying comprehensive health or disability insurance. On the other hand, unlisted diseases or other bodily infirmities might still be covered if attributable to some antecedent event or events that could, together with the unexpected result, be characterized as accidental.

[49] A bit of reflection would suggest that in the case of *an unlisted* disease that pre-dates the event said to be the accident, there would be no coverage if the “event” simply provided an occasion on which the pre-existing disease manifested itself, e.g. the heart patient who goes out for a walk and, on being startled by the sound of a car horn, experiences an incapacitating cardiac arrest. On a common sense approach the incapacitation would be attributed to the pre-existing heart condition, not the sound of the car horn. Customers would understand that such matters properly relate to the province of life, disability or comprehensive health insurance.

[50] The prospective customer would not, I think, have any difficulty in distinguishing that case from the situation of an unlisted disease or physical infirmity that is *produced* by the event or events said to be the accidental means, e.g. a heart condition that arises as one of the elements of injuries suffered in a car crash. In such a case the insurer would be expected to pay.

[51] An area of difficulty, however, occurs where the event (e.g. sexual intercourse) is itself both an ordinary act of everyday life and the natural method by which the disease replicates, i.e. contracted in the customary manner in the ordinary course of events without any mishap or trauma other than contracting the disease itself. The onus, of course, is on the plaintiff to show that the loss is covered by the policy. In *Martin*, the Court added an important nuance:

The onus is on the plaintiff to establish a *prima facie* case that the death [or bodily injury] was accidental,

applicable aux maladies graves et de la protection distincte contre les lésions corporelles attribuables « uniquement à une cause externe, violente et accidentelle ». L'assuré éventuel comprendrait de cela que la police envisagée n'est pas une police générale d'assurance maladie ou d'assurance invalidité. Toutefois, certaines maladies non énumérées ou autres infirmités physiques pourraient être couvertes si elles découlent d'un incident antérieur qui, comme son résultat inattendu, peut être qualifié d'accidentel.

[49] Un peu de réflexion révélerait qu'une maladie *non énumérée*, préexistante au moment de l'incident présenté comme un accident, n'ouvrirait pas droit à une indemnité si cet « incident » ne constitue qu'une occasion pour la maladie préexistante de s'actualiser, comme dans le cas d'une personne au cœur malade qu'un coup de klaxon fait sursauter au cours d'une promenade et qui est terrassée par un arrêt cardiaque. Selon le bon sens, l'arrêt cardiaque serait attribué à la maladie du cœur préexistante, et non au bruit du klaxon. Les consommateurs comprendraient qu'une telle occurrence relève de l'assurance vie, de l'assurance invalidité ou d'une police générale d'assurance maladie.

[50] Selon moi, l'assuré éventuel ferait sans difficulté la différence entre ce cas et une maladie ou infirmité physique non énumérée *produite* par l'incident présenté comme cause accidentelle, p. ex., un problème cardiaque qui serait au nombre des lésions subies lors d'un accident de voiture. En pareil cas, on s'attendrait à ce que l'assureur indemnise l'assuré.

[51] Or, un problème se pose lorsque l'incident lui-même (p. ex. une relation sexuelle) constitue à la fois un acte ordinaire de la vie courante et la voie naturelle de propagation de la maladie, c'est-à-dire que la maladie est contractée de la façon usuelle dans le cours normal des choses, sans mésaventure ni traumatisme autre que la transmission de la maladie elle-même. Il incombe bien entendu au demandeur d'établir que la perte est couverte par la police. Dans *Martin*, notre Cour a apporté une nuance importante :

Il appartient plutôt au demandeur d'établir *prima facie* que le décès [ou la lésion corporelle] était accidentel, au

at the risk of non suit. The plaintiff must therefore adduce evidence that permits the trier of fact to infer, on a balance of probabilities, that the insured's death [or bodily injury] was accidental, within the ordinary meaning of that word. The tactical burden then shifts to the insurer to displace these inferences. The burden of proof never shifts, but remains squarely with the plaintiff. [Emphasis added; para. 30.]

Adapting this proposition to the present case, I would say that once the claimant leads evidence sufficient to establish a *prima facie* case that the bodily injury was caused by an “unlooked-for mishap or an untoward event which is not expected or designed” (*Stats*, at p. 1164), the “tactical burden” then shifts to the insurance company to displace the “*prima facie* case” by some evidence that the bodily injury is not an accident but its “antithesis”, namely, the result of a “disease in the ordinary course of events”. The burden of proof however, “remains squarely with the plaintiff”. If he or she fails to establish on a balance of probabilities that the bodily injury resulted from “an accident”, the claim will fail.

[52] The insurance insider will know, based on the vast repertoire of cases decided under accident policies, that all of these situations have given rise at the margins to fierce arguments. The cases necessarily involve value judgments related to the reasonable expectations of the parties. It seems to me the general nature of the risk covered by the policy outlined above is consistent with the understanding that a customer would think makes sense if he or she stopped to reflect on its terms. The disease element is carved out of the universe of unexpected mishaps. The ordinary use of language has placed well-understood (if not well-defined) limitations on the scope of “accident” in the jurisprudence. The jurisprudence has informed the practice in the insurance industry and no compelling reason has been advanced to disturb it.

G. *The Words “External” and “Violent” Add Little to the Definition of “Accident”*

[53] The insurer argues that the words “external” and “violent” in the definition of the risk should

risque d'être débouté. Le demandeur doit donc produire des éléments de preuve permettant au juge des faits d'inférer, selon la prépondérance des probabilités, que le décès [ou la lésion corporelle] de l'assuré était accidentel au sens ordinaire de ce terme. L'assureur a alors le fardeau tactique de démontrer que cette inférence n'est pas fondée. Il n'y a jamais de déplacement du fardeau de la preuve, qui incombe toujours au demandeur. [Je souligne; par. 30.]

Si l'on applique ce principe à l'affaire dont nous sommes saisis, j'estime que, lorsque le demandeur produit une preuve qui suffit à établir *prima facie* l'existence d'une lésion corporelle résultant d'une « mésaventure inattendue ou d'un malheur qui n'est ni prévu, ni recherché » (*Stats*, p. 1164), le « fardeau tactique » incombe alors à l'assureur de repousser la preuve *prima facie* en démontrant que la lésion corporelle n'est pas le résultat d'un accident, mais son « antithèse », à savoir la conséquence d'une « maladie dans le cours normal des choses ». Toutefois, le fardeau de la preuve « incombe toujours au demandeur ». S'il ne parvient pas à démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la lésion corporelle résultait d'« un accident », il sera débouté.

[52] L'initié au domaine de l'assurance aura compris, compte tenu du vaste répertoire jurisprudentiel en matière d'assurance accident, que ces cas limites ont donné lieu à des débats acharnés. Ces litiges appellent obligatoirement des jugements de valeur ayant trait aux attentes raisonnables des parties. Il me semble que la nature générale du risque assuré par la police décrite précédemment correspond à ce qu'un consommateur considérerait logique s'il en étudiait les clauses. Ainsi, la maladie est exclue de l'ensemble des mésaventures inattendues. Le sens courant des mots employés a eu pour effet de cantonner à l'intérieur de limites bien comprises (à défaut d'être bien définies) la notion d'« accident » dans la jurisprudence. Cette jurisprudence a guidé les pratiques des assureurs, et aucune raison impérieuse de la modifier n'a été invoquée.

G. *Les mots « externe » et « violente » ajoutent peu à la définition d'« accident »*

[53] L'assureur soutient qu'il faut interpréter de façon indépendante les mots « externe » et

be given independent meaning. On its view, only a sub-category of accidents are covered. However, I agree with Newbury J.A. that the words “external” and “violent” have long since been subsumed into the concept of accident. In *N. W. Commercial Travellers' Association v. London Guarantee and Accident Co.* (1895), 10 Man. R. 537 (Q.B.), the insured died of cold while awaiting assistance in a wagon that had broken down. Bain J. reasoned that:

Perhaps the meaning that is most obvious when we speak of something having been caused or effected by violent means is that a greater or less degree of physical force has been used to bring about the result. But the word “violent” is also used to express that which is unusual or unnatural or extreme, and I think it is reasonable to suppose that it was used in the policy in a somewhat wide and general sense. [pp. 543-44]

On this point the court cited with approval *Bacon v. U.S. Mutual Accident Assn.*, 44 Hun. 599 (N.Y. Sup. Ct. 1887), where the court said, at p. 604: “We say a man dies a violent death, without necessarily implying anything more than that he dies, not in the ordinary course of nature and disease.”

[54] Similarly, the editors of *Couch on Insurance* (3rd ed. 1995), write that:

“Violent” refers to some act not occurring in the ordinary run of things and may be fulfilled by any force whatsoever, however slight. It has been said that unnatural death, the result of an accident of any kind, imports an external and violent agency as the cause, within the meaning of an insurance policy limiting recovery to death caused through “external, violent, and accidental means.” [§ 139:18]

(Cited by Newbury J.A., at para. 28.)

[55] Historically, the addition of the word “external” was likely inserted to help distinguish accidents (that will support a claim) from losses caused by naturally occurring “internal” conditions such as diseases (which will not).

« violente » de la définition du risque. Selon lui, seule une sous-catégorie d'accidents est couverte. Je conviens toutefois avec le juge Newbury que ces adjectifs sont intégrés depuis longtemps dans la notion d'accident. Dans *N. W. Commercial Travellers' Association. c. London Guarantee and Accident Co.* (1895), 10 Man. R. 537 (B.R.), l'assuré était mort de froid en attendant des secours après le bris de la voiture à chevaux dans laquelle il voyageait. Le juge Bain a tenu le raisonnement suivant :

[TRADUCTION] Le sens qui se dégage peut-être le plus clairement lorsqu'on dit qu'une cause violente est à l'origine de quelque chose est qu'un degré plus ou moins élevé de force physique a été exercé pour produire le résultat. Toutefois, le mot « violent » s'emploie également en parlant de ce qui est inhabituel, anormal ou extrême, et je crois qu'on peut raisonnablement supposer que, dans la police, ce mot est employé dans un sens plutôt large et général. [p. 543-544]

À cet égard, la cour a souscrit à l'observation suivante formulée dans *Bacon c. U.S. Mutual Accident Assn.*, 44 Hun. 599 (N.Y. Sup. Ct. 1887), p. 604 : [TRADUCTION] « On dit que quelqu'un a connu une mort violente sans nécessairement vouloir rien dire de plus qu'il n'est pas mort de cause naturelle et de maladie. »

[54] On peut pareillement lire, dans *Couch on Insurance* (3^e éd. 1995) :

[TRADUCTION] « Violent » qualifie un acte qui ne survient pas dans le cours normal des choses, et ce qualificatif peut s'appliquer peu importe que la force exercée soit grande ou non, voire infime. On a dit qu'une mort non naturelle, conséquence d'un accident quelconque, suppose un agent causal externe et violent au sens d'une police d'assurance restreignant l'indemnisation aux cas de décès découlant d'une « cause externe, violente et accidentelle ». [§ 139:18]

(Cité par la juge Newbury, au par. 28.)

[55] Il est probable que le mot « externe » a été ajouté à l'origine pour aider à distinguer les accidents (ouvrant droit à une indemnité) des pertes découlant de causes naturelles « internes » comme les maladies (n'ouvrant pas droit à une indemnité).

[56] When more than one factor has contributed to the bodily injury the courts have also relieved claimants from a strict showing that the loss was “solely” the result of an accident “independently of all other causes”. The wording of the typical accident insurance policy has been softened in light of the practical difficulty in most cases of isolating a “unique” cause. In the insurance context the Court has held that:

The question of whether insurance applies to a loss should not depend on metaphysical debates as to which of various causes contributing to the accident was proximate. Apart from the apparent injustice of making indemnity dependent on such fine and contestable reasoning, such a test is calculated to produce disputed claims and litigation.

(*Derksen v. 539938 Ontario Ltd.*, 2001 SCC 72, [2001] 3 S.C.R. 398, at para. 36, citing *C.C.R. Fishing Ltd. v. British Reserve Insurance Co.*, [1990] 1 S.C.R. 814, at p. 823.)

[57] Efforts by insurers to split hairs on causation issues have traditionally been rebuffed as in *Re Etherington and The Lancashire and Yorkshire Accident Insurance Co.*, [1909] 1 K.B. 591. In that case the insured fell off his horse onto a wet surface, and subsequently developed pneumonia, from which he died. He was covered by a policy that provided recovery in the event of death caused by “bodily injury caused by violent, accidental, external, and visible means”. The insurer contended that the proximate cause of death was pneumonia, not the fall from the horse. The English Court of Appeal had no difficulty in holding that “The fatal pneumonia was a ‘sequela’ of the accident against the consequences of which it was the object of the policy to insure” (p. 603). In other words, the pneumonia could not be said to be an independent cause of death. The courts do not favour the self-serving isolation of a particular element in a chain of events that should be considered in its entirety. Such law office metaphysics would make nonsense of the reasonable expectation of the parties at the time the policy was entered into.

[56] Lorsque plus d’un facteur a contribué à la lésion corporelle, les tribunaux ont aussi dispensé les demandeurs de l’obligation stricte de prouver que la perte était « uniquement » attribuable à un accident « indépendamment de toute autre cause ». Étant donné qu’il est difficile, dans la plupart des cas, d’isoler une cause « unique », le libellé type de la police d’assurance accident a été assoupli. Dans le contexte de l’assurance, la Cour a statué :

La question de savoir si l’assurance s’applique à une perte ne devrait pas dépendre de débats métaphysiques visant à déterminer laquelle des diverses causes de l’accident était immédiate. Outre l’injustice apparente que constitue le fait qu’une indemnisation dépende d’un raisonnement aussi subtil et contestable, un tel critère est susceptible de donner lieu à des réclamations contestées et à des litiges.

(*Derksen c. 539938 Ontario Ltd.*, 2001 CSC 72, [2001] 3 R.C.S. 398, par. 36, citant *C.C.R. Fishing Ltd. c. British Reserve Insurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 814, p. 823.)

[57] Les tribunaux ont généralement repoussé les tentatives des assureurs de complexifier à outrance les questions de causalité, notamment dans *Re Etherington and The Lancashire and Yorkshire Accident Insurance Co.*, [1909] 1 K.B. 591. Dans cette affaire, l’assuré était tombé de cheval sur une surface mouillée et avait par la suite contracté une pneumonie qui l’avait emporté. Sa police d’assurance prévoyait une indemnité pour décès résultant d’une [TRADUCTION] « lésion corporelle attribuable à une cause violente, accidentelle, externe et manifeste ». L’assureur a prétendu que la cause immédiate du décès était la pneumonie, et non la chute de cheval. La Cour d’appel d’Angleterre n’a eu aucune difficulté à conclure que [TRADUCTION] « [l]a pneumonie fatale était une “séquelle” de l’accident contre les conséquences duquel la police avait pour objet de fournir une garantie » (p. 603). Autrement dit, on ne pouvait considérer la pneumonie comme une cause indépendante du décès. Les tribunaux n’apprécient pas qu’on isole, à des fins intéressées, un élément d’une suite d’événements qui devrait être examinée dans son ensemble. Un tel exercice de métaphysique avocassière viderait de tout sens les attentes raisonnables des parties au moment de la souscription de la police.

H. *Consideration of Disease-Based Claims in the Case Law*

[58] As noted in *Walkem*, the jurisprudence assigns a generous meaning to “accident” (p. 316). However, the word is also “an ordinary word to be interpreted in the ordinary language of the people” (*Stats*, at p. 1164). In ordinary speech “accident” does not include ailments “proceeding from natural causes” (Welford, at p. 268). In *Carroll v. CUNA Mutual Insurance Society*, 894 P.2d 746 (Colo. 1995), for example, death resulted from a ruptured aneurysm suffered during the exertions of sexual intercourse. An accident claim was denied because the insured’s death was essentially the result of her pre-existing aneurysm and hypertension, not the sex. The issue was one of causation. Sex did not cause the aneurysm. It simply provided the occasion on which the aneurysm happened to occur.

[59] In the present case the evidence is that genital herpes is a sexually transmitted virus that spreads by sexual intercourse. Sex is its normal method of transmission. As such, unlike for example an internally developing condition leading to an aneurysm, its transmission requires an outsider’s participation. But the same could be said of infectious diseases generally. Viruses and bacteria pass, directly or indirectly, from person to person, and occasionally across species. In the “ordinary language of the people”, an individual would not say on coming down with influenza that “I had an accident”. We come down with the flu “in the ordinary course of events”.

[60] The “bodily malfunction” cases illustrate the proposition that mishaps *not* in the ordinary course of events may be classified as accidents. For example, in the American case of *Peoples Life Ins. Co. v. Menard*, 117 N.E.2d 376 (Ind. App. 1954), the insured choked on partially digested food that he had regurgitated. The court concluded at p. 379

H. *Le traitement jurisprudentiel des demandes d’indemnisation fondées sur la maladie*

[58] Comme la Cour l’a indiqué dans *Walkem*, la jurisprudence a interprété libéralement le mot « accidentel » (p. 316). Toutefois, il s’agit aussi « d’un mot ordinaire auquel il faut donner son sens courant » (*Stats*, p. 1164). Dans son sens courant, le mot « accident » n’englobe pas les maladies [TRADUCTION] « procédant de causes naturelles » (Welford, p. 268). Par exemple, dans l’affaire *Carroll c. CUNA Mutual Insurance Society*, 894 P.2d 746 (Colo. 1995), le décès résultait d’une rupture d’anévrisme survenue au cours d’une relation sexuelle. La demande d’indemnité pour accident avait été rejetée parce que le décès de l’assurée était essentiellement attribuable à une hypertension et à un anévrisme préexistants, non à l’activité sexuelle. La question à trancher consistait à déterminer le lien de causalité. L’activité sexuelle n’avait pas causé l’anévrisme. Elle était simplement l’occasion à laquelle la rupture d’anévrisme était survenue.

[59] En l’espèce, il ressort de la preuve que l’herpès génital est un virus transmissible sexuellement qui se propage par les rapports sexuels. Son mode normal de transmission est l’activité sexuelle. Contrairement à un trouble interne menant à la formation d’un anévrisme, par exemple, cette maladie ne se propage pas sans vecteur externe. Mais, de façon générale, on peut dire la même chose de toutes les maladies infectieuses. Les virus et les bactéries passent directement ou indirectement d’un individu à l’autre et traversent même parfois la barrière des espèces. La personne aux prises avec une grippe ne dirait pas qu’elle a eu un « accident » au « sens courant » de ce terme. La grippe s’attrape « dans le cours normal des choses ».

[60] La jurisprudence relative aux « dysfonctionnements physiologiques » illustre l’hypothèse selon laquelle des mésaventures *sortant* du cours normal des choses peuvent appartenir à la catégorie des accidents. Dans l’affaire américaine *Peoples Life Ins. Co. c. Menard*, 117 N.E.2d 376 (Ind. App. 1954), par exemple, l’assuré était mort asphyxié

that the death resulted from accidental means, because

[i]f the regurgitation had been a perfectly normal process as it normally occurs the decedent would have expelled the contents of his stomach in a perfectly normal manner and no unforeseen, unexpected or unusual contingency would have occurred, and decedent would not have suffered the asphyxiation which was the immediate cause of his death.

(See also *American Accident Co. of Louisville v. Reigart*, 23 S.W. 191 (Ky. 1893), at p. 192.)

Similar reasoning was used to justify recovery in *Koch v. Empire Life Insurance Co.* (1981), 29 A.R. 49 (Q.B.), where the insured died as a result of choking on partially digested food while asleep. The agreed statement of facts provided that “[t]here was no pathological reason for the vomiting” (para. 4). Disease was not an issue. The insured was in good health. However, his body did not on that occasion function as would be expected in a perfectly “normal manner”. See also *Reigart*, at p. 192; *Jones v. Aetna Life Insurance Co.*, 439 S.W.2d 721 (Tex. Civ. App. 1969). These cases do not involve Welford’s “antithesis” between accident and “disease in the ordinary course of events”. An isolated instance of regurgitation, however unpleasant, is not a disease.

[61] In the course of argument reference was made to a series of “bodily contortion” cases, and in particular *Claxton v. Travellers Insurance Co. of Hartford* (1917), 36 D.L.R. 481 (Que. Ct. Rev.), where the insured suffered a hernia while swinging a golf club, *Voison v. Royal Insurance Co. of Canada* (1988), 66 O.R. (2d) 45 (C.A.), where the insured suffered an occlusion of the anterior spinal artery when he assumed an awkward position extending his neck while engaged in remodelling his house and *Guillet v. American Home Assurance Co.* (2004), 72 O.R. (3d) 641 (C.A.), where the claimant twisted his neck playing basketball and suffered a stroke. These cases turn on rather peculiar fact situations and like the bodily malfunction

après avoir régurgité des aliments partiellement digérés. La cour a conclu, à la p. 379, que le décès découlait d’une cause accidentelle parce que

[TRADUCTION] [s]i la régurgitation s’était déroulée tout à fait normalement suivant le processus habituel, l’expulsion du contenu de son estomac serait survenue d’une manière parfaitement normale et rien d’imprévu, d’inattendu ou d’inhabituel ne serait arrivé, et l’asphyxie, qui est la cause immédiate du décès, ne se serait pas produite.

(Voir aussi *American Accident Co. of Louisville c. Reigart*, 23 S.W. 191 (Ky. 1893), p. 192.)

Un raisonnement semblable a servi à justifier l’indemnisation dans *Koch c. Empire Life Insurance Co.* (1981), 29 A.R. 49 (B.R.). L’asphyxie fatale de l’assuré dans son sommeil avait été causée par des aliments partiellement digérés. L’exposé conjoint des faits établissait que [TRADUCTION] « [l]e vomissement n’était dû à aucune cause pathologique » (par. 4). La question de la maladie ne se posait pas. L’assuré était en bonne santé. Toutefois, contre toute attente, son organisme n’a pas fonctionné « d’une manière parfaitement normale ». Voir aussi *Reigart*, p. 192; *Jones c. Aetna Life Insurance Co.*, 439 S.W.2d 721 (Tex. Civ. App. 1969). Ces affaires ne font pas intervenir l’opposition antithétique de Welford entre l’accident et la « maladie dans le cours normal des choses ». Une occurrence isolée de régurgitation, si déplaisante soit-elle, n’est pas une maladie.

[61] Au cours de la plaidoirie, une série de décisions portant sur des « contorsions anatomiques » ont été mentionnées, en particulier, les affaires *Claxton c. Travellers Insurance Co. of Hartford* (1917), 36 D.L.R. 481 (C. rév. Qué.), où l’assuré s’est fait une hernie en s’exerçant au golf, *Voison c. Royal Insurance Co. of Canada* (1988), 66 O.R. (2d) 45 (C.A.), où l’assuré, qui exécutait des travaux de rénovation domiciliaire, avait fait un faux mouvement en s’étirant le cou, ce qui avait provoqué une occlusion de l’artère spinale antérieure et *Guillet c. American Home Assurance Co.* (2004), 72 O.R. (3d) 641 (C.A.), dans laquelle l’assuré s’était tordu le cou au cours d’une partie de basket-ball et avait été victime d’un accident vasculaire cérébral.

cases, the analytical problem raised has nothing to do with the spread of a disease in the ordinary and natural course of events. A debate about the merits of these cases would not assist in the resolution of this case and I say no more about them.

I. *The Natural Transmission of Disease*

[62] The causal chain that led to Mr. Gibbens' bodily injury was sex that transmitted the herpes that led to transverse myelitis. Transverse myelitis was an unexpected consequence of the disease, but it occurs (though rarely) as a normal incident or consequence of that disease. I do not place emphasis on the fact the sex was unprotected. The insurance company does not contend that risky behaviour disqualifies him from coverage. It recognizes that one of the reasons people buy insurance is to provide protection against the consequences of risky behaviour. Rather its point is that the transmission followed the normal method by which sexually transmitted diseases replicate and thus the bodily injury "proceed[ed] from natural causes" (Welford, at p. 268).

[63] To conclude that Mr. Gibbens' acquisition of herpes was "an accident" despite the absence of any mishap or trauma other than the acquisition of a sexually transmitted disease in the ordinary way would simply serve to add sexually transmitted diseases to the list of Critical Diseases in the group policy contrary to the intent of the policy.

[64] Mr. Gibbens relies on *Kolbuc v. ACE INA Insurance*, 2007 ONCA 364, 85 O.R. (3d) 652, where an insured, a plasterer, was bitten by a mosquito carrying the West Nile virus and was rendered a paraplegic. He recovered compensation under an accident policy. I make no comment about the merits of that decision, which is not before us, but as Saunders J.A. noted in the court below, "[t]he world is populated with pathogens" (para. 37). Various forms of bacteria and viruses

Cette jurisprudence présente des situations de fait bien particulières qui, comme les cas de dysfonctionnement physiologique, n'ont rien à voir avec la transmission d'une maladie dans le cours normal et naturel des choses. Débattre du bien-fondé de ces affaires ne nous aiderait en rien à résoudre le cas qui nous occupe. Je n'en dis donc pas plus à leur sujet.

I. *La transmission naturelle d'une maladie*

[62] La lésion corporelle de M. Gibbens a été causée par la relation sexuelle qui lui a transmis l'herpès à l'origine de la myélite transverse. La myélite transverse était certes une conséquence inattendue de la maladie, mais il s'agit d'une conséquence ou d'un incident normal (bien que rare). Je n'accorde pas d'importance au fait qu'il s'agissait d'une relation sexuelle non protégée. L'assureur ne prétend pas que le comportement à risque fait obstacle à la garantie. Il reconnaît que les gens souscrivent de l'assurance notamment pour se protéger des conséquences d'un comportement à risque. Il fait plutôt valoir que la transmission s'est effectuée suivant les voies normales de propagation des infections transmissibles sexuellement et que la lésion corporelle procédait donc « de causes naturelles » (Welford, p. 268).

[63] En concluant que M. Gibbens a contracté l'herpès par « accident » malgré l'absence de mésaventure ou de traumatisme autre que le fait d'avoir contracté une infection transmissible sexuellement de la manière ordinaire, on ne ferait qu'ajouter les infections transmissibles sexuellement à la liste des maladies graves figurant dans la police d'assurance collective, contrairement à l'esprit de la police.

[64] M. Gibbens invoque l'affaire *Kolbuc c. ACE INA Insurance*, 2007 ONCA 364, 85 O.R. (3d) 652, où l'assuré, plâtrier de son état, était devenu paraplégique après avoir été piqué par un moustique porteur du virus du Nil occidental. Il a été indemnisé au titre d'une police d'assurance accident. Je ne me prononcerai pas sur le bien-fondé de cette décision, dont nous ne sommes pas saisis, mais, comme la juge Saunders de la Cour d'appel l'a signalé, [TRADUCTION] « [l]e monde fourmille d'agents

constantly make their way into our bodies, sometimes with little effect, and we in turn spread them to others. Bacterial infections include, for example, tuberculosis, anthrax and typhoid. The bubonic plague was transmitted by fleas. Malaria is transmitted by mosquitoes. In ordinary speech, we would not say that the bubonic plague was the result of a pandemic of accidents, or that the inhabitants of warm climates are particularly “accident prone” to contracting malaria. It cannot be correct that passengers sitting in an airliner who catch the SARS virus through the externality of the plane’s air circulation system, or riders on a bus who catch “swine flu” from an infected fellow passenger, or people who contract any number of infectious diseases because of a failure to wash hands in disinfectant, or to smack a circling mosquito, have valid claims under an accident policy.

[65] In my view, with respect, such a conclusion would stretch the boundaries of an accident policy beyond the snapping point and convert it into a comprehensive insurance policy for infectious diseases contrary to the expressed intent of the parties and their reasonable expectations.

[66] In Mr. Gibbens’ case, to borrow the words of Lord Robertson in *Brintons*, the so-called “accident” was simply the “inception of the disease” in the ordinary course of events.

IV. Conclusion

[67] I would therefore allow the appeal and dismiss the action. The appellant is entitled to the costs of this appeal.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Laughton & Company, Vancouver.

pathogènes » (par. 37). Des bactéries et virus de toutes sortes s’introduisent constamment dans notre organisme, parfois sans grande conséquence, et nous les transmettons à notre tour à d’autres personnes. La tuberculose, la maladie du charbon et la typhoïde, par exemple, sont des infections bactériennes. La peste bubonique était transmise par les puces. La malaria est transmise par les moustiques. Dans la langue ordinaire, nous ne dirions pas que la peste bubonique découlait d’une pandémie d’accidents, ou que les habitants de pays chauds sont particulièrement « prédisposés aux accidents » paludiques. Il ne saurait être admis que les passagers d’un avion infectés par le virus du SRAS transmis par la source externe qu’est le système de circulation d’air de l’appareil, les passagers d’un autobus qui attrapent la grippe porcine d’un autre passager ou les personnes qui contractent des maladies infectieuses de toutes sortes parce qu’elles ont omis de se laver les mains au savon désinfectant ou n’ont pas réussi à tuer le moustique tournoyant autour d’elles puissent demander à bon droit une indemnité pour accident.

[65] J’estime en toute déférence qu’une telle conclusion étendrait la notion de police d’assurance accident au-delà de ses limites et aurait pour effet de la transformer en police d’assurance générale contre les maladies infectieuses, à l’encontre de la volonté expresse et des attentes raisonnables des parties.

[66] Pour reprendre la formulation employée par lord Robertson dans *Brintons*, le prétendu « accident » n’était rien de plus que [TRADUCTION] « l’apparition de la maladie » dans le cours normal des choses.

IV. Conclusion

[67] Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi et de rejeter l’action. L’appelante a droit à ses dépens relativement à l’appel.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l’appelante: Laughton & Company, Vancouver.

*Solicitor for the respondent: Guy J. Collette
Law Corporation, Vancouver.*

*Procureur de l'intimé : Guy J. Collette Law
Corporation, Vancouver.*

Solicitors for the intervener: Torys, Toronto.

Procureurs de l'intervenante : Torys, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Stephanie Rosa Bird *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BIRD

Neutral citation: 2009 SCC 60.

File No.: 33054.

2009: December 11; 2009: December 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law—Defences—Abandonment—Accused charged with first degree murder, kidnapping and aggravated sexual assault — Trial judge finding air of reality to defence of abandonment and convicting accused of manslaughter, kidnapping and aggravated sexual assault — Court of Appeal erring in dismissing Crown’s appeal from manslaughter conviction — Evidence incapable of supporting defence of abandonment — Facts as found by trial judge clearly establishing planned and deliberate murder — Conviction for manslaughter set aside and conviction for first degree murder entered.

Held: The appeal should be allowed.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger and Costigan JJ.A. and Sulyma J. (*ad hoc*)), 2009 ABCA 45, 2 Alta. L.R. (5th) 88, 448 A.R. 124, 447 W.A.C. 124, 243 C.C.C. (3d) 419, [2009] A.J. No. 107 (QL), 2009 CarswellAlta 157, upholding the accused’s conviction for manslaughter entered by Ross J., 2007 ABQB 289, 416 A.R. 223, [2007] A.J. No. 765 (QL), 2007 CarswellAlta 599. Appeal allowed.

Susan D. Hughson, Q.C., and Joanne Dartana, for the appellant.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Stephanie Rosa Bird *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. BIRD

Référence neutre : 2009 CSC 60.

N° du greffe : 33054.

2009 : 11 décembre; 2009 : 18 décembre.

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

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

Droit criminel — Moyens de défense — Renonciation — Accusée inculpée de meurtre au premier degré, d’enlèvement et d’agression sexuelle grave — Juge du procès estimant que le moyen de défense de la renonciation avait une apparence de vraisemblance et déclarant l’accusée coupable d’homicide involontaire coupable, d’enlèvement et d’agression sexuelle grave — Cour d’appel faisant erreur en rejetant l’appel du ministère public contre la déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable — Preuve incapable d’appuyer le moyen de défense de la renonciation — Faits constatés par la juge de première instance établissant clairement qu’il s’agit d’un meurtre commis avec préméditation et de propos délibéré — Déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable annulée et déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Berger et Costigan et la juge Sulyma (*ad hoc*)), 2009 ABCA 45, 2 Alta. L.R. (5th) 88, 448 A.R. 124, 447 W.A.C. 124, 243 C.C.C. (3d) 419, [2009] A.J. No. 107 (QL), 2009 CarswellAlta 157, qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable inscrite par la juge Ross, 2007 ABQB 289, 416 A.R. 223, [2007] A.J. No. 765 (QL), 2007 CarswellAlta 599. Pourvoi accueilli.

Susan D. Hughson, c.r., et Joanne Dartana, pour l’appelante.

Colleen M. Connolly, for the respondent.

Colleen M. Connolly, pour l'intimée.

The following is the judgment delivered by

Version française du jugement rendu par

[1] THE COURT — We agree with Costigan J.A., dissenting, that the evidence was incapable of supporting the defence of abandonment. No other defence arises on the facts.

[1] LA COUR — Nous convenons avec le juge Costigan, dissident, que la preuve ne pouvait appuyer le moyen de défense de la renonciation. Aucun autre moyen de défense ne peut être invoqué d'après les faits de l'espèce.

[2] The appeal is therefore allowed and the conviction for manslaughter is set aside. As the facts found by the trial judge clearly establish that the murder was planned and deliberate, and involved the unlawful confinement of the victim at the time of the killing, a conviction for first degree murder is entered.

[2] Le pourvoi est par conséquent accueilli et la déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable est annulée. Comme il ressort clairement des faits constatés par la juge de première instance que le meurtre a été commis avec préméditation et de propos délibéré et qu'il comporte la séquestration de la victime au moment du crime, une déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré est prononcée.

Appeal allowed.

Pourvoi accueilli.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Bokenfohr & Connolly, Edmonton.

Procureurs de l'intimée : Bokenfohr & Connolly, Edmonton.

Peter Grant and Grant Forest Products Inc. *Appellants/Respondents on cross-appeal*

v.

Torstar Corporation, Toronto Star Newspapers Limited, Bill Schiller, John Honderich and Mary Deanne Shears *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

Ottawa Citizen, Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, RTNDA Canada/ Association of Electronic Journalists, Magazines Canada, Canadian Association of Journalists, Canadian Journalists for Free Expression, Writers' Union of Canada, Professional Writers Association of Canada, Book and Periodical Council, PEN Canada, Canadian Broadcasting Corporation, Canadian Civil Liberties Association and Danno Cusson *Intervenors*

INDEXED AS: GRANT v. TORSTAR CORP.

Neutral citation: 2009 SCC 61.

File No.: 32932.

2009: April 23; 2009: December 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Torts — Defamation — Defences — Responsible communication on matters of public interest — Newspaper and reporter being sued for libel after article was published concerning proposed private golf course development — Whether traditional defences for defamatory statements of fact are inconsistent with values underlying freedom of expression — Whether law of defamation

Peter Grant et Grant Forest Products Inc. *Appellants/Intimés à l'appel incident*

c.

Torstar Corporation, Toronto Star Newspapers Limited, Bill Schiller, John Honderich et Mary Deanne Shears *Intimés/Appellants à l'appel incident*

et

Ottawa Citizen, Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, ACDIRT Canada/ Association des journalistes électroniques, Magazines Canada, Association canadienne des journalistes, Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, Writers' Union of Canada, Professional Writers Association of Canada, Book and Periodical Council, PEN Canada, Société Radio-Canada, Association canadienne des libertés civiles et Danno Cusson *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : GRANT c. TORSTAR CORP.

Référence neutre : 2009 CSC 61.

N° du greffe : 32932.

2009 : 23 avril; 2009 : 22 décembre.

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

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

Responsabilité délictuelle — Diffamation — Moyens de défense — Communication responsable concernant des questions d'intérêt public — Action en libelle diffamatoire intentée contre un journal et un journaliste ayant publié un article sur un projet de terrain de golf privé — Les moyens de défense classiques applicables à l'égard d'énoncés de fait discriminatoires sont-ils incompatibles

should be modified to recognize defence of responsible communication on matters of public interest.

Torts — Defamation — Defences — Responsible communication on matters of public interest — Elements of defence — Respective roles of judge and jury.

Torts — Defamation — Defences — Fair comment — Newspaper and reporter being sued for libel after article was published concerning proposed private golf course development — Whether trial judge erred in his charge to jury on fair comment.

G and his company brought a libel action against a newspaper and reporter after an article was published concerning a proposed private golf course development on G's lakefront estate. The story aired the views of local residents who were critical of the development's environmental impact and suspicious that G was exercising political influence behind the scenes to secure government approval for the new golf course. The article quoted a neighbour who said that "[e]veryone thinks it's a done deal" because of G's influence. The reporter, an experienced journalist, attempted to verify the allegations in the article, including asking G for comment, which G chose not to provide. At trial, without rejecting the possibility of an expanded qualified privilege defence based on a concept of public interest responsible journalism, the trial judge ruled that the defence would not apply in these circumstances and the case went to the jury essentially on the defences of truth and fair comment. The jury rejected these defences and awarded the plaintiffs general, aggravated and punitive damages. The Court of Appeal concluded that the trial judge had erred in failing to leave the new responsible journalism defence with the jury. It also concluded that the jury instructions were flawed, and ordered a new trial. G and his company appealed to reinstate the jury verdict. The newspaper defendants cross-appealed, asking the Court to apply the new defence in this case, and dismiss the action. In the alternative, they asked the Court to dismiss the action on the basis of fair comment.

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

avec les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression? — Convient-il de modifier le droit en matière de diffamation pour y inclure la défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public?

Responsabilité délictuelle — Diffamation — Moyens de défense — Communication responsable concernant des questions d'intérêt public — Éléments de la défense — Rôles respectifs du juge et du jury.

Responsabilité délictuelle — Diffamation — Moyens de défense — Commentaire loyal — Action en libelle diffamatoire intentée contre un journal et un journaliste ayant publié un article sur un projet de terrain de golf privé — Le juge du procès a-t-il bien instruit le jury au sujet de la défense de commentaire loyal?

G et sa société ont intenté une action en diffamation contre un quotidien et un journaliste par suite de la parution d'un article traitant du projet d'aménagement d'un golf privé sur le terrain de G situé en bordure d'un lac. L'article présentait la position de résidents du secteur qui critiquaient les incidences environnementales du projet et qui soupçonnaient G d'avoir exercé des pressions politiques en coulisse pour obtenir l'approbation du gouvernement relativement au projet de construction du nouveau terrain de golf. L'article citait les propos d'une voisine qui avait dit : « Tout le monde pense que c'est un fait accompli » en raison de l'influence qu'exerce G. L'auteur de l'article, un journaliste expérimenté, a tenté de vérifier les allégations rapportées dans l'article et a notamment invité G à lui faire des commentaires, invitation qui a été déclinée. Au procès, sans écarter la possibilité d'appliquer une défense d'immunité relative élargie, fondée sur la notion de journalisme responsable concernant des questions d'intérêt public, le juge a déclaré que ce moyen de défense ne pourrait être retenu dans les circonstances, et les questions soumises au jury portaient essentiellement sur la défense de véracité et sur celle de commentaire loyal. Le jury les a toutes deux rejetées, et il a accordé aux demandeurs des dommages-intérêts généraux, majorés et punitifs. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait omis à tort de présenter la nouvelle défense de journalisme responsable au jury. Estimant en outre que les directives données au jury étaient viciées, la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès. G et sa société ont interjeté appel pour faire rétablir le verdict du jury. Les défendeurs ont formé un pourvoi incident, demandant à notre Cour d'appliquer le nouveau moyen de défense en l'espèce et de rejeter l'action. Subsidiairement, ils ont prié la Cour de rejeter l'action sur le fondement du commentaire loyal.

Arrêt : Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The law of defamation should be modified to provide greater protection for communications on matters of public interest. The current law with respect to statements that are reliable and important to public debate does not give adequate weight to the constitutional value of free expression. The first two rationales for the freedom of expression guarantee in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* — the proper functioning of democratic governance and getting at the truth — squarely apply to communications on matters of public interest, even those which contain false imputations. Freewheeling debate on matters of public interest is to be encouraged and the vital role of the communications media in providing a vehicle for such debate is explicitly recognized in the text of s. 2(b) itself. While the law must protect reputation, the current level of protection — in effect a regime of strict liability — is not justifiable. The law of defamation accords no protection for statements on matters of public interest published to the world at large if they cannot be proven to be true. To insist on court-established certainty in reporting on matters of public interest may have the effect not only of preventing communication of facts which a reasonable person would accept as reliable and which are relevant and important to public debate, but also of inhibiting political discourse and debate on matters of public importance, and impeding the cut and thrust of discussion necessary to discovery of the truth. Although the right to free expression does not confer a licence to ruin reputation, when proper weight is given to the constitutional value of free expression on matters of public interest, the balance tips in favour of broadening the defences available to those who communicate facts it is in the public's interest to know. A consideration of the jurisprudence of other common law democracies also favours replacing the current Canadian law with a rule that gives greater scope to freedom of expression while offering adequate protection of reputation. A defence that would allow publishers to escape liability if they can establish that they acted responsibly in attempting to verify the information on a matter of public interest represents a reasonable and proportionate response to the need to protect reputation while sustaining the public exchange of information that is vital to modern Canadian society. The law of defamation should therefore be modified to recognize a defence of responsible communication on matters of public interest. [7] [52-54] [57-58] [65-66] [85-86]

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein et Cromwell : Il convient de modifier les règles relatives à la diffamation de façon à accorder une plus grande protection aux communications concernant des questions d'intérêt public. Les règles de droit actuelles en ce qui a trait aux énoncés fiables et importants pour le débat public n'accordent pas un poids suffisant à la valeur constitutionnelle de la liberté d'expression. Les deux premières raisons d'être de la protection de la liberté d'expression prévue à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* — la saine gouvernance en démocratie et la recherche de la vérité — sont tout à fait pertinentes en matière de communication concernant des questions d'intérêt public, même si la communication est entachée de fausses imputations. Il y a lieu d'encourager un débat ouvert sur les questions d'intérêt public et le libellé de l'al. 2b) lui-même reconnaît l'importance cruciale des médias pour la tenue d'un tel débat. Bien que la réputation doive recevoir une protection juridique, celle dont elle jouit actuellement — qui constitue en fait un régime de responsabilité stricte — n'est pas justifiable. Le droit en matière de diffamation n'accorde aucune protection aux énoncés portant sur des questions d'intérêt public publiés sans destinataire précis s'il est impossible d'en prouver la véracité. Exiger que la couverture des questions d'intérêt public atteigne à une certitude judiciaire peut aboutir non seulement à empêcher la communication de faits qu'une personne raisonnable tiendrait pour fiables et qui sont pertinents et importants pour le débat public, mais aussi à entraver le discours et le débat politiques sur des questions importantes pour le public et à empêcher les attaques et ripostes inhérentes aux discussions nécessaires à la découverte de la vérité. Certes, la liberté d'expression n'autorise pas à ternir les réputations, mais l'attribution du poids qui lui revient à la valeur constitutionnelle de la liberté d'expression relativement à des questions d'intérêt public fait pencher la balance pour l'élargissement de la gamme des moyens de défense dont disposent ceux qui communiquent des faits que le public a intérêt à connaître. L'examen de la jurisprudence d'autres pays démocratiques de common law favorise également le remplacement des règles appliquées actuellement au Canada par une règle qui donne plus de portée à la liberté d'expression tout en protégeant adéquatement la réputation. Un moyen de défense qui permettrait aux diffuseurs de s'exonérer en établissant qu'ils ont agi de façon responsable en s'efforçant de vérifier l'information communiquée au sujet d'une question d'intérêt public constitue une réponse raisonnable et proportionnelle à la nécessité de protéger les réputations tout en permettant l'échange public d'information fondamental pour la société canadienne moderne. Il convient donc de modifier les règles relatives à la diffamation pour y inclure la défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public. [7] [52-54] [57-58] [65-66] [85-86]

The proposed change to the law should be viewed as a new defence, leaving the traditional defence of qualified privilege intact. To be protected by the defence of responsible communication, first, the publication must be on a matter of public interest. Second, the defendant must show that publication was responsible, in that he or she was diligent in trying to verify the allegation(s), having regard to all the relevant circumstances. [95] [98-99]

In determining whether a publication is on a matter of public interest, the judge must consider the subject matter of the publication as a whole. The defamatory statement should not be scrutinized in isolation. To be of public interest, the subject matter must be shown to be one inviting public attention, or about which the public, or a segment of the public, has some substantial concern because it affects the welfare of citizens, or one to which considerable public notoriety or controversy has attached. Public interest is not confined to publications on government and political matters, nor is it necessary that the plaintiff be a “public figure”. [101] [105-106]

The judge determines whether the impugned statement relates to a matter of public interest. If public interest is shown, the jury decides whether on the evidence the defence of responsible communication is established. The following factors may aid in determining whether a defamatory communication on a matter of public interest was responsibly made: (a) the seriousness of the allegation; (b) the public importance of the matter; (c) the urgency of the matter; (d) the status and reliability of the source; (e) whether the plaintiff’s side of the story was sought and accurately reported; (f) whether the inclusion of the defamatory statement was justifiable; (g) whether the defamatory statement’s public interest lay in the fact that it was made rather than its truth (“reportage”); and (h) any other relevant circumstances. [110] [126] [128]

While the “repetition rule” holds that repeating a libel has the same legal consequences as originating it, under the reportage exception, the repetition rule does not apply to fairly reported statements whose public interest lies in the fact that they were made rather than in their truth or falsity. If a dispute is itself a matter of public interest and the allegations are fairly reported, the report will be found to be responsible even if some of the statements made may be defamatory and untrue, provided: (1) the report attributes the statement to a person, preferably identified, thereby avoiding total

Le changement proposé au droit crée un nouveau moyen de défense et laisse intacte celui classique d’immunité relative. Pour que la défense de communication responsable s’applique, premièrement, la communication doit concerner une question d’intérêt public; deuxièmement, le défendeur doit démontrer que la communication était responsable, en ce sens qu’il s’est efforcé avec diligence de vérifier les allégations, compte tenu de l’ensemble des circonstances pertinentes. [95] [98-99]

Pour décider si elle concerne une question d’intérêt public, le juge doit tenir compte de l’ensemble du contenu d’une communication. Il ne doit pas examiner l’énoncé diffamatoire isolément. Pour être d’intérêt public, une question doit être soit de celles qui éveillent l’attention publique de façon démontrable ou qui préoccupent sensiblement le public, ou une partie de la population, parce qu’elles concernent le bien-être de citoyens, soit de celles qui jouissent d’une notoriété publique considérable ou qui ont créé une controverse importante. L’intérêt public n’est pas confiné aux publications portant sur les questions gouvernementales et politiques; il n’est pas nécessaire non plus que le demandeur soit un « personnage public ». [101] [105-106]

Le juge décide si l’énoncé en cause concerne une question d’intérêt public. Si l’intérêt public est établi, le jury tranche la question de savoir si, compte tenu de la preuve, le moyen de défense de communication responsable est établi. Les facteurs suivants peuvent aider à déterminer si une communication diffamatoire concernant une question d’intérêt public a été faite de façon responsable : a) la gravité de l’allégation; b) l’importance de la question pour le public; c) l’urgence de la question; d) la nature et la fiabilité des sources; e) la question de savoir si l’on a demandé et rapporté fidèlement la version des faits du demandeur; f) la question de savoir si l’inclusion de l’énoncé diffamatoire était justifiable; g) la question de savoir si l’intérêt public de l’énoncé diffamatoire réside dans l’existence même de l’énoncé, et non dans sa véracité (« relation de propos »); et h) toute autre considération pertinente. [110] [126] [128]

Bien que, selon la « règle de la répétition », la répétition d’un libelle entraîne les mêmes conséquences juridiques que le libelle lui-même, suivant l’exception de la relation de propos, la règle de la répétition ne s’applique pas aux propos fidèlement rapportés, dont l’intérêt public réside dans le fait même qu’ils ont été tenus plutôt que dans leur fausseté ou leur véracité. Si un conflit est en soi une question d’intérêt public et que les allégations sont fidèlement rapportées, la relation de propos sera jugée responsable même si certaines des déclarations peuvent être diffamatoires et erronées,

unaccountability; (2) the report indicates, expressly or implicitly, that its truth has not been verified; (3) the report sets out both sides of the dispute fairly; and (4) the report provides the context in which the statements were made. [119-120]

The evidence in this case revealed a basis for three defences: justification, fair comment, and responsible communication on a matter of public interest. All three defences should have been left to the jury. It was open to the jury to consider the statement attributed to a neighbour that “[e]veryone thinks it’s a done deal” as a comment, or statement of opinion. This would raise the defence of fair comment. While the defence was left to the jurors, the trial judge failed to instruct them that since the reporter was the conduit for the comment and not its maker, the fact that he did not honestly believe it could not be used as a foundation for finding malice unless in the context of the article, he had adopted the comment as his own. Additionally, the “fair-minded” component of the traditional test should not form part of a charge on fair comment. These problems in the trial judge’s charge could have led the jury to wrongly conclude that the fair comment defence had been defeated by malice. It was also open to the jury to consider the critical “done deal” remark as a statement of fact. Read literally, this statement can be taken as an assertion that government approval for the development was actually already sealed, either formally behind closed doors or by tacit understanding. This raises the defence of responsible communication on a matter of public interest. The trial judge did not leave this defence or any similar defence to the jury. Taken together, the errors set out amount to a substantial wrong or miscarriage of justice and require a new trial pursuant to s. 134(6) of the Ontario *Courts of Justice Act*. [136-140]

Per Abella J.: The majority’s reasons for adding the “responsible communication” defence to Canadian defamation law were agreed with, as was their view that determining the availability of this defence entails a two-step analysis. However, the jury should not decide the second step. Deciding whether the applicable standard of responsibility has been met in a given case is, like the public interest analysis in the first step, a matter for the judge to determine. The responsible communication

à condition que : (1) la relation de propos attribue les dires à quelqu’un, préférablement identifié, pour éviter que personne n’assume de responsabilité; (2) la relation de propos indique, expressément ou implicitement, que la véracité des dires n’a pas été vérifiée; (3) la relation de propos expose équitablement les deux versions des faits; et (4) la relation de propos situe les dires dans leur contexte. [119-120]

La preuve en l’espèce permettait de fonder trois moyens de défense : la justification, le commentaire loyal et la communication responsable concernant une question d’intérêt public. C’est le jury qui aurait dû se prononcer sur ces trois moyens. Le jury pouvait considérer la déclaration attribuée à une voisine selon laquelle « [t]out le monde pense que c’est un fait accompli » — comme un commentaire ou comme un énoncé d’opinion, ce qui permettait d’invoquer la défense de commentaire loyal. La défense de commentaire loyal a été soumise au jury. Or, le juge de première instance a omis d’indiquer aux jurés que le journaliste ayant rapporté et non formulé le commentaire, l’absence de croyance honnête ne pouvait servir de fondement à la conclusion qu’il y avait eu malveillance à moins que, dans le contexte de l’article, il ait fait sien le commentaire. En outre, l’exposé du juge concernant le commentaire loyal ne devrait pas aborder le volet relatif à l’« esprit juste » du test traditionnel. Il est possible que ces failles relevées dans l’exposé du juge au jury aient amené ce dernier à conclure à tort que la malveillance faisait échec à la défense de commentaire loyal. Les jurés pouvaient aussi considérer la remarque cruciale concernant le « fait accompli » comme un énoncé de fait. Prise littéralement, en effet, elle peut être perçue comme l’affirmation que l’approbation gouvernementale était déjà chose faite, soit officiellement derrière des portes closes soit par accord tacite. Cela permettait d’invoquer la défense de communication responsable concernant une question d’intérêt public, mais le juge du procès n’a soumis au jury ni ce moyen de défense ni aucun autre moyen apparenté. Considérées ensemble, les erreurs recensées constituent un préjudice grave ou une erreur judiciaire fondamentale et imposent la tenue d’un nouveau procès en vertu du par. 134(6) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l’Ontario. [136-140]

La juge Abella : Les motifs des juges majoritaires justifiant d’ajouter la défense de « communication responsable » au droit canadien en matière de diffamation, ainsi que leur opinion selon laquelle il faut, pour juger de l’applicabilité de ce moyen de défense, procéder à une analyse en deux volets ne sont pas contestés. Cependant, le deuxième volet ne devrait pas être tranché par le jury. La décision quant à l’atteinte de la norme prescrite de responsabilité dans un cas donné,

analysis requires that the defendant's interest in freely disseminating information and the public's interest in the free flow of information be weighed against the plaintiff's interest in protecting his or her reputation. This exercise involves balancing freedom of expression, freedom of the press, the protection of reputation, privacy concerns, and the public interest. Weighing these often competing interests is a legal determination, thereby taking the defence beyond the jury's jurisdiction except for disputed facts, and squarely into judicial territory. [142-143] [145]

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *Cusson v. Quan*, 2007 ONCA 771, 231 O.A.C. 277, rev'd 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712; *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420; *Horrocks v. Lowe*, [1975] A.C. 135; *Toogood v. Spyring* (1834), 1 C.M. & R. 181, 149 E.R. 1044; *Ross v. New Brunswick Teachers' Assn.*, 2001 NBCA 62, 201 D.L.R. (4th) 75; *Douglas v. Tucker*, [1952] 1 S.C.R. 275; *Globe and Mail Ltd. v. Boland*, [1960] S.C.R. 203; *Banks v. Globe and Mail Ltd.*, [1961] S.C.R. 474; *Jones v. Bennett*, [1969] S.C.R. 277; *Parlett v. Robinson* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 26; *Grenier v. Southam Inc.*, [1997] O.J. No. 2193 (QL); *Leenen v. Canadian Broadcasting Corp.* (2000), 48 O.R. (3d) 656, aff'd (2001), 54 O.R. (3d) 612; *Young v. Toronto Star Newspapers Ltd.* (2003), 66 O.R. (3d) 170, aff'd (2005), 77 O.R. (3d) 680; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Ballina Shire Council v. Ringland* (1994), 33 N.S.W.L.R. 680; *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967); *Lange v. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 145 A.L.R. 96; *Lange v. Atkinson*, [1998] 3 N.Z.L.R. 424; *Lange v. Atkinson*, [2000] 1 N.Z.L.R. 257; *Lange v. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385; *Du Plessis v. De Klerk*, 1996 (3) SA 850; *National Media Ltd. v. Bogoshi*, 1998 (4) SA 1196; *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609; *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] UKHL 44, [2007] 1

comme celui de l'analyse de l'intérêt public dans le premier volet, en fait une question qui doit être tranchée par le juge. L'analyse de la communication responsable exige que l'intérêt du défendeur de diffuser librement l'information et l'intérêt du public à ce que l'information circule librement soient mis en balance avec l'intérêt qu'a le demandeur à ce que sa réputation soit protégée. L'exercice suppose de mettre en balance la liberté d'expression, la liberté de la presse, la protection de la réputation, des préoccupations relatives à la protection de la vie privée et l'intérêt public. Mettre ces intérêts souvent opposés en balance consiste à tirer une conclusion de droit, ce qui fait du moyen de défense une question qui outrepassé la compétence du jury, confinée à celle de trancher les questions de fait, et qui la situe clairement dans le domaine qui relève du juge. [142-143] [145]

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *Cusson c. Quan*, 2007 ONCA 771, 231 O.A.C. 277, inf. par 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712; *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420; *Horrocks c. Lowe*, [1975] A.C. 135; *Toogood c. Spyring* (1834), 1 C.M. & R. 181, 149 E.R. 1044; *Ross c. New Brunswick Teachers' Assn.*, 2001 NBCA 62, 201 D.L.R. (4th) 75; *Douglas c. Tucker*, [1952] 1 R.C.S. 275; *Globe and Mail Ltd. c. Boland*, [1960] R.C.S. 203; *Banks c. Globe and Mail Ltd.*, [1961] R.C.S. 474; *Jones c. Bennett*, [1969] R.C.S. 277; *Parlett c. Robinson* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 26; *Grenier c. Southam Inc.*, [1997] O.J. No. 2193 (QL); *Leenen c. Canadian Broadcasting Corp.* (2000), 48 O.R. (3d) 656, conf. par (2001), 54 O.R. (3d) 612; *Young c. Toronto Star Newspapers Ltd.* (2003), 66 O.R. (3d) 170, conf. par (2005), 77 O.R. (3d) 680; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Ballina Shire Council c. Ringland* (1994), 33 N.S.W.L.R. 680; *Curtis Publishing Co. c. Butts*, 388 U.S. 130 (1967); *Lange c. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 145 A.L.R. 96; *Lange c. Atkinson*, [1998] 3 N.Z.L.R. 424; *Lange c. Atkinson*, [2000] 1 N.Z.L.R. 257; *Lange c. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385; *Du Plessis c. De Klerk*, 1996 (3) SA 850; *National Media Ltd. c. Bogoshi*, 1998 (4) SA 1196; *Reynolds c. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609; *Jameel c. Wall Street Journal Europe*

A.C. 359, rev'g [2005] EWCA Civ 74, [2005] 4 All E.R. 356; *Seaga v. Harper*, [2008] UKPC 9, [2008] 1 All E.R. 965; *Charman v. Orion Publishing Group Ltd.*, [2007] EWCA Civ 972, [2008] 1 All E.R. 750; *Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), 124 A.L.R. 1; *N.M. v. Smith*, [2007] ZACC 6, 2007 (5) SA 250; *Khumalo v. Holomisa*, [2002] ZACC 12, 2002 (5) SA 401; *Mthembi-Mahanyele v. Mail & Guardian Ltd.*, [2004] ZASCA 67, 2004 (6) SA 329; *Louchansky v. Times Newspapers Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1805, [2002] 1 All E.R. 652; *London Artists, Ltd. v. Littler*, [1969] 2 All E.R. 193; *Simpson v. Mair*, 2004 BCSC 754, 31 B.C.L.R. (4th) 285; *Miller v. Associated Newspapers Ltd.*, [2005] EWHC 557 (QB) (BAILII); *Galloway v. Telegraph Group Ltd.*, [2004] EWHC 2786 (QB) (BAILII); "*Truth*" (N.Z.) *Ltd. v. Holloway*, [1960] 1 W.L.R. 997; *Al-Fagih v. H.H. Saudi Research & Marketing (U.K.) Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1634 (BAILII); *Prince Radu of Hohenzollern v. Houston*, [2007] EWHC 2735 (QB) (BAILII); *Roberts v. Gable*, [2007] EWCA Civ 721, [2008] 2 W.L.R. 129; *Bonnick v. Morris*, [2002] UKPC 31, [2003] 1 A.C. 300; *Pizza Pizza Ltd. v. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1998), 42 O.R. (3d) 36; *Scott v. Fulton*, 2000 BCCA 124, 73 B.C.L.R. (3d) 392.

By Abella J.

Referred to: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420; *Australian Broadcasting Corp. v. Reading*, [2004] NSWCA 411 (AustLII); *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2005] EWCA Civ 74, [2005] 4 All E.R. 356.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 108, 134(6).
Jury Act, R.S.A. 2000, c. J-3, s. 17(1).
Libel Act, 1792 (U.K.), 32 Geo. 3, c. 60.
Libel and Slander Act, R.S.O. 1990, c. L.12, s. 14.
Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 373, s. 1(1).
Privacy Act, R.S.M. 1987, c. P125, s. 2(1).
Privacy Act, R.S.N.L. 1990, c. P-22, s. 3.
Privacy Act, R.S.S. 1978, c. P-24, s. 2.
Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, r. 39(27).

Authors Cited

Anderson, David A. "Is Libel Law Worth Reforming?" (1991-1992), 140 *U. Pa. L. Rev.* 487.

SPRL, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359, inf. [2005] EWCA Civ 74, [2005] 4 All E.R. 356; *Seaga c. Harper*, [2008] UKPC 9, [2008] 1 All E.R. 965; *Charman c. Orion Publishing Group Ltd.*, [2007] EWCA Civ 972, [2008] 1 All E.R. 750; *Theophanous c. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), 124 A.L.R. 1; *N.M. c. Smith*, [2007] ZACC 6, 2007 (5) SA 250; *Khumalo c. Holomisa*, [2002] ZACC 12, 2002 (5) SA 401; *Mthembi-Mahanyele c. Mail & Guardian Ltd.*, [2004] ZASCA 67, 2004 (6) SA 329; *Louchansky c. Times Newspapers Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1805, [2002] 1 All E.R. 652; *London Artists, Ltd. c. Littler*, [1969] 2 All E.R. 193; *Simpson c. Mair*, 2004 BCSC 754, 31 B.C.L.R. (4th) 285; *Miller c. Associated Newspapers Ltd.*, [2005] EWHC 557 (QB) (BAILII); *Galloway c. Telegraph Group Ltd.*, [2004] EWHC 2786 (QB) (BAILII); « *Truth* » (N.Z.) *Ltd. c. Holloway*, [1960] 1 W.L.R. 997; *Al-Fagih c. H.H. Saudi Research & Marketing (U.K.) Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1634 (BAILII); *Prince Radu of Hohenzollern c. Houston*, [2007] EWHC 2735 (QB) (BAILII); *Roberts c. Gable*, [2007] EWCA Civ 721, [2008] 2 W.L.R. 129; *Bonnick c. Morris*, [2002] UKPC 31, [2003] 1 A.C. 300; *Pizza Pizza Ltd. c. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1998), 42 O.R. (3d) 36; *Scott c. Fulton*, 2000 BCCA 124, 73 B.C.L.R. (3d) 392.

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420; *Australian Broadcasting Corp. c. Reading*, [2004] NSWCA 411 (AustLII); *Jameel c. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2005] EWCA Civ 74, [2005] 4 All E.R. 356.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).
Jury Act, R.S.A. 2000, ch. J-3, art. 17(1).
Libel Act, 1792 (R.-U.), 32 Geo. 3, ch. 60.
Loi sur la diffamation, L.R.O. 1990, ch. L.12, art. 14.
Loi sur la protection de la vie privée, L.R.M. 1987, ch. P125, art. 2(1).
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 108, 134(6).
Privacy Act, R.S.B.C. 1996, ch. 373, art. 1(1).
Privacy Act, R.S.N.L. 1990, ch. P-22, art. 3.
Privacy Act, R.S.S. 1978, ch. P-24, art. 2.
Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90, r. 39(27).

Doctrine citée

Anderson, David A. « Is Libel Law Worth Reforming? » (1991-1992), 140 *U. Pa. L. Rev.* 487.

- Beattie, Kate. “New Life for the *Reynolds* ‘Public Interest Defence’? *Jameel v Wall Street Journal Europe*”, [2007] *E.H.R.L.R.* 81.
- Boivin, Denis W. “Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation” (1997), 22 *Queen’s L.J.* 229.
- Bonnington, Alistair J. “Reynolds Rides Again” (2006), 11 *Comms. L.* 147.
- Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, vols. 2-4, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2008, release 3).
- Gatley on Libel and Slander*, 11th ed. by Patrick Milmo and W. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 2008.
- Hooper, David. “The Importance of the Jameel Case”, [2007] *Ent. L.R.* 62.
- Kenyon, Andrew T. “Lange and Reynolds Qualified Privilege: Australian and English Defamation Law and Practice” (2004), 28 *Melb. U.L. Rev.* 406.
- New South Wales. Law Reform Commission. Report 75. *Defamation*, September 1995 (online: <http://www.lawlink.nsw.gov.au/lrc.nsf/pages/R75CHP3>).
- Smolla, Rodney A. “Balancing Freedom of Expression and Protection of Reputation Under Canada’s *Charter of Rights and Freedoms*”, in David Schneiderman, ed., *Freedom of Expression and the Charter*. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1991, 272.
- Weaver, Russell L., et al. “Defamation Law and Free Speech: *Reynolds v. Times Newspapers* and the English Media” (2004), 37 *Vand. J. Transnat’l L.* 1255.
- Beattie, Kate. « New Life for the *Reynolds* “Public Interest Defence”? *Jameel v Wall Street Journal Europe* », [2007] *E.H.R.L.R.* 81.
- Boivin, Denis W. « Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation » (1997), 22 *Queen’s L.J.* 229.
- Bonnington, Alistair J. « Reynolds Rides Again » (2006), 11 *Comms. L.* 147.
- Brown, Raymond E. *The Law of Defamation in Canada*, vols. 2-4, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1999 (loose-leaf updated 2008, release 3).
- Gatley on Libel and Slander*, 11th ed. by Patrick Milmo and W. V. H. Rogers. London : Sweet & Maxwell, 2008.
- Hooper, David. « The Importance of the Jameel Case », [2007] *Ent. L.R.* 62.
- Kenyon, Andrew T. « Lange and Reynolds Qualified Privilege : Australian and English Defamation Law and Practice » (2004), 28 *Melb. U.L. Rev.* 406.
- Nouvelle-Galles du Sud. Law Reform Commission. Report 75. *Defamation*, September 1995 (online : <http://www.lawlink.nsw.gov.au/lrc.nsf/pages/R75CHP3>).
- Smolla, Rodney A. « Balancing Freedom of Expression and Protection of Reputation Under Canada’s *Charter of Rights and Freedoms* », in David Schneiderman, ed., *Freedom of Expression and the Charter*. Scarborough, Ont. : Thomson Professional Publishing Canada, 1991, 272.
- Weaver, Russell L., et al. « Defamation Law and Free Speech : *Reynolds v. Times Newspapers* and the English Media » (2004), 37 *Vand. J. Transnat’l L.* 1255.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Feldman and Simmons J.J.A.), 2008 ONCA 796, 92 O.R. (3d) 561, 301 D.L.R. (4th) 129, 243 O.A.C. 120, 61 C.C.L.T. (3d) 195, 71 C.P.R. (4th) 352, [2008] O.J. No. 4783 (QL), 2008 CarswellOnt 7155, setting aside a decision of Rivard J. and a jury award and ordering a new trial. Appeal and cross-appeal dismissed.

Peter A. Downard, Catherine M. Wiley and Dawn K. Robertson, for the appellants/respondents on cross-appeal.

Paul B. Schabas, Erin Hoult and Iris Fischer, for the respondents/appellants on cross-appeal.

Richard G. Dearden and Wendy J. Wagner, for the intervener the Ottawa Citizen.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Rosenberg, Feldman et Simmons), 2008 ONCA 796, 92 O.R. (3d) 561, 301 D.L.R. (4th) 129, 243 O.A.C. 120, 61 C.C.L.T. (3d) 195, 71 C.P.R. (4th) 352, [2008] O.J. No. 4783 (QL), 2008 CarswellOnt 7155, qui a annulé une décision du juge Rivard et l’octroi de dommages-intérêts par le jury et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Peter A. Downard, Catherine M. Wiley et Dawn K. Robertson, pour les appelants/intimés à l’appel incident.

Paul B. Schabas, Erin Hoult et Iris Fischer, pour les intimés/appellants à l’appel incident.

Richard G. Dearden et Wendy J. Wagner, pour l’intervenant Ottawa Citizen.

Brian MacLeod Rogers and Blair Mackenzie, for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, RTNDA Canada/Association of Electronic Journalists, Magazines Canada, the Canadian Association of Journalists, the Canadian Journalists for Free Expression, the Writers' Union of Canada, the Professional Writers Association of Canada, the Book and Periodical Council, and PEN Canada.

Daniel J. Henry, for the intervener the Canadian Broadcasting Corporation.

Patricia D. S. Jackson, Andrew E. Bernstein and Jennifer A. Conroy, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Ronald F. Caza and Jeff G. Saikaley, for the intervener Danno Cusson.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] Freedom of expression is guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It is essential to the functioning of our democracy, to seeking the truth in diverse fields of inquiry, and to our capacity for self-expression and individual realization.

[2] But freedom of expression is not absolute. One limitation on free expression is the law of defamation, which protects a person's reputation from unjustified assault. The law of defamation does not forbid people from expressing themselves. It merely provides that if a person defames another, that person may be required to pay damages to the other for the harm caused to the other's reputation. However, if the defences available to a publisher are too narrowly defined, the result may be "libel chill", undermining freedom of expression and of the press.

Brian MacLeod Rogers et Blair Mackenzie, pour les intervenants l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Magazines Canada, l'Association canadienne des journalistes, les Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, Writers' Union of Canada, Professional Writers Association of Canada, Book and Periodical Council et PEN Canada.

Daniel J. Henry, pour l'intervenante la Société Radio-Canada.

Patricia D. S. Jackson, Andrew E. Bernstein et Jennifer A. Conroy, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Ronald F. Caza et Jeff G. Saikaley, pour l'intervenant Danno Cusson.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] La liberté d'expression est garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle est essentielle au fonctionnement de notre démocratie, à la recherche de la vérité dans divers domaines d'enquête et à la capacité de chacun de s'exprimer et de s'épanouir.

[2] La liberté d'expression n'est cependant pas absolue. Elle est limitée notamment par le droit en matière de diffamation, qui protège la réputation personnelle contre les attaques injustifiées. Les règles relatives à la diffamation n'interdisent pas aux gens de s'exprimer. Elles posent simplement que quiconque porte atteinte à la réputation d'autrui pourra être tenu de réparer le tort causé. Cependant, si les moyens de défense à la disposition des diffuseurs sont définis trop étroitement, une « crainte paralysante du libelle » préjudiciable à la liberté d'expression et à la liberté de la presse pourrait en résulter.

[3] Two conflicting values are at stake — on the one hand freedom of expression and on the other the protection of reputation. While freedom of expression is a fundamental freedom protected by s. 2(b) of the *Charter*, courts have long recognized that protection of reputation is also worthy of legal recognition. The challenge of courts has been to strike an appropriate balance between them in articulating the common law of defamation. In this case, we are asked to consider, once again, whether this balance requires further adjustment.

[4] Peter Grant and his company Grant Forest Products Inc. (“GFP”) sued the *Toronto Star* in defamation for an article the newspaper published on June 23, 2001, concerning a proposed private golf course development on Grant’s lakefront estate. The story aired the views of local residents who were critical of the development’s environmental impact and suspicious that Grant was exercising political influence behind the scenes to secure government approval for the new golf course. The reporter, an experienced journalist named Bill Schiller, attempted to verify the allegations in the article, including asking Grant for comment, which Grant chose not to provide. The article was published, and Grant brought this libel action.

[5] The trial proceeded with judge and jury. The jury found the respondents (the “Star defendants”) liable and awarded general, aggravated and punitive damages totalling \$1.475 million.

[6] The Star defendants argue that what happened in this trial shows that something is wrong with the traditional law of libel: a journalist or publisher who diligently tries to verify a story on a matter of public interest before publishing it can still be held liable in defamation for massive damages, simply because the journalist cannot prove to the court that all of the story was true or bring it within one of the “privileged” categories exempted from the need to prove truth. This state of the law,

[3] Deux valeurs conflictuelles — la liberté d’expression et la protection de la réputation — sont en jeu. Bien que la liberté d’expression soit une liberté fondamentale protégée par l’al. 2b) de la *Charte*, les tribunaux ont reconnu depuis longtemps que la réputation mérite aussi d’être protégée par le droit. Pour eux, le défi a consisté à établir le juste équilibre entre ces deux valeurs lorsqu’il s’est agi de formuler les règles de common law relatives à la diffamation. En l’espèce, nous sommes de nouveau appelés à décider s’il y a lieu de rajuster cet équilibre.

[4] Peter Grant et sa société, Grant Forest Products Inc. (« GFP »), ont intenté une action en diffamation contre le *Toronto Star* par suite de la parution, le 23 juin 2001, d’un article traitant du projet d’aménagement d’un golf privé sur le terrain de M. Grant situé en bordure d’un lac. L’article présentait la position de résidents du secteur qui critiquaient les incidences environnementales du projet et qui soupçonnaient M. Grant d’avoir exercé des pressions politiques en coulisse pour obtenir l’approbation du gouvernement relativement au projet de construction du nouveau terrain de golf. L’auteur de l’article, M. Bill Schiller, un journaliste expérimenté, a tenté de vérifier les allégations rapportées dans l’article et a notamment invité M. Grant à lui faire des commentaires, invitation qui a été déclinée. L’article a été publié, et M. Grant a intenté la présente action en libelle diffamatoire.

[5] Le procès s’est tenu devant un juge et un jury. Le jury a conclu à la responsabilité des intimés (les « défendeurs Star ») et a accordé des dommages-intérêts généraux, majorés et punitifs totalisant 1 475 000 \$.

[6] Selon les défendeurs Star, ce qui s’est produit en l’espèce met en évidence une lacune du droit relatif au libelle : un journaliste ou un diffuseur qui s’emploient avec diligence à vérifier la teneur d’un reportage sur une question d’intérêt public avant de le publier peuvent malgré tout engager leur responsabilité pour diffamation et avoir à payer d’énormes dommages-intérêts, simplement parce qu’ils ne peuvent pas prouver, en cour, que tous les éléments de l’article sont véridiques ou invoquer à son

they argue, unduly curbs free expression and chills reporting on matters of public interest, depriving the public of information it should have. The Star defendants ask this Court to revise the defences available to journalists to address these criticisms, following the lead of courts in the United States and England. Mr. Grant and his corporation, for their part, argue that the common law now strikes the proper balance and should not be changed.

[7] For the reasons that follow, I conclude that the common law should be modified to recognize a defence of responsible communication on matters of public interest. In view of this new defence, as well as errors in the jury instruction on fair comment, a new trial should be ordered.

II. Facts

[8] Peter Grant owns and operates a successful forestry business, GFP, in northern Ontario. GFP's executive offices and Grant's home are located on a lakefront estate on the Twin Lakes near New Liskeard, Ontario. In the mid-1990s, Grant decided to build a private three-hole golf course on the property, which he named Frog's Breath. In 1998, he began to host an annual charitable golf tournament and decided to expand the course to nine holes. For this he needed to purchase some adjacent Crown land and secure various government approvals.

[9] Neighbouring cottagers and local residents opposed the development, citing environmental impact on the lake and quality-of-life concerns. They sent letters of objection to the Ontario Ministry of Natural Resources ("MNR"), which had the ultimate say on approving Grant's plan, and retained an environmental consultant who evaluated the

égard l'une des catégories d'immunité dispensant de le prouver. Ils font valoir que l'état actuel du droit restreint indûment la liberté d'expression et paralyse la couverture de questions d'intérêt public, ce qui prive le public de l'information qu'il devrait recevoir. Pour corriger cette situation, les défendeurs Star demandent à notre Cour de réformer les moyens de défense dont disposent les journalistes en s'inspirant de la jurisprudence américaine et anglaise. Monsieur Grant et sa société soutiennent, quant à eux, que la common law établit actuellement le juste équilibre entre les droits en cause et qu'il n'y a pas lieu d'en changer les règles.

[7] Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis qu'il convient de modifier la common law pour y inclure la défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public. En outre, compte tenu de la reconnaissance de ce nouveau moyen de défense et de l'existence d'erreurs entachant les directives données au jury au sujet de la défense de commentaire loyal, j'estime qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

II. Les faits

[8] Monsieur Peter Grant possède et exploite, dans le Nord de l'Ontario, une entreprise forestière prospère, GFP. Il est propriétaire d'un domaine sur les rives des lacs Twin, près de New Liskeard, en Ontario, où il habite et où sont installés les bureaux administratifs de GFP. Au milieu des années 1990, M. Grant a décidé d'y aménager un parcours de golf privé de trois trous qu'il a baptisé Frog's Breath. En 1998, il a organisé le premier d'une série de tournois de golf de bienfaisance annuels, et il a décidé d'agrandir le parcours pour le porter à neuf trous. Il fallait pour cela qu'il acquière des terres publiques contiguës et obtienne diverses approbations gouvernementales.

[9] Les propriétaires de chalets voisins et les résidents de l'endroit se sont opposés au projet disant craindre ses incidences environnementales et ses effets sur leur qualité de vie. Ils ont communiqué leurs objections par lettre au ministère des Richesses naturelles de l'Ontario (« MRN ») à qui il revenait, en dernier ressort, d'approuver le projet

plan. The consultant substantiated their fears of a detrimental impact on the lake and its surroundings, disputing the positive claims made by Grant's own experts.

[10] On January 13, 2001, the Hudson Lakes Association (“HLA”) held a public meeting at which Grant's representatives explained the proposal and tried to assuage local concerns. Suspicion about the integrity of the approval process was already widespread, however. Grant was a long-time supporter of the Ontario Progressive Conservative Party, and a personal friend of Mike Harris, who was then the premier of the province. While he endeavoured to maintain a low public profile, his wealth and close ties to the government attracted the notice of watchers of the Ontario business and political scene.

[11] Coincidentally, on the same day as the HLA's public meeting on the Grant development, the *Toronto Star* had published an article by veteran reporter Bill Schiller headlined “Slicing through the rules: Genesis of a land deal — How Harris friends overcame fish habitat controls to build their dream”. The article told of how another of Harris's friends, Peter Minogue, had withstood MNR objections and secured approval for a golf course and resort development called Osprey Links after complaining at “political levels” about the delay. Though Peter Grant had nothing to do with the Osprey Links development, the reports of political interference in the approval of a comparable development also involving a Harris friend heightened local concerns and was the subject of much discussion at the HLA public meeting.

[12] A representative of the MNR was on hand at the meeting to assure the residents that the approval would go through normal bureaucratic channels

de M. Grant. Ils ont aussi chargé un consultant en environnement d'évaluer le projet. Le rapport de ce dernier a justifié les craintes des résidents au sujet des répercussions environnementales nuisibles pour le lac et son pourtour, et réfuté les arguments favorables formulés par les experts de M. Grant.

[10] Le 13 janvier 2001, la Hudson Lakes Association (« HLA ») a tenu une assemblée publique au cours de laquelle les représentants de M. Grant ont expliqué la proposition et essayé d'apaiser les craintes des résidents. L'intégrité du processus d'approbation était cependant déjà largement mise en doute. Monsieur Grant soutenait depuis longtemps le Parti progressiste-conservateur de l'Ontario. En outre, il était un ami personnel de Mike Harris, alors premier ministre de la province. Bien qu'il s'efforçait de ne pas attirer l'attention publique, sa fortune et les liens étroits qu'il entretenait avec le gouvernement n'avaient pas manqué d'attirer l'attention des observateurs de la scène politique et du monde des affaires de l'Ontario.

[11] Par pure coïncidence, le jour même où se tenait l'assemblée publique de la HLA concernant le projet Grant, le *Toronto Star* a publié un article du journaliste chevronné Bill Schiller intitulé [TRADUCTION] « Court-circuiter les règles : Genèse d'une opération foncière — Comment les amis de Mike Harris prennent le pas sur le contrôle de l'habitat des poissons pour construire leur rêve ». L'article décrivait comment Peter Minogue, un autre ami du premier ministre Harris, avait prévalu sur les objections du MRN et obtenu l'autorisation de construire un terrain de golf et un centre de villégiature appelé Osprey Links après s'être plaint aux « instances politiques » des retards subis par le projet. Même si Peter Grant n'avait rien à voir avec le projet Osprey Links, la nouvelle d'une ingérence politique dans l'approbation d'un projet d'aménagement analogue piloté par un autre ami du premier ministre Harris a avivé les préoccupations des résidents et suscité de longues discussions lors de l'assemblée de la HLA.

[12] Un représentant du MRN a participé à l'assemblée pour assurer aux résidents que le processus d'approbation suivrait la filière administrative

and that no final decision had yet been made. But given the appearance of the Osprey Links article that very day, this assurance was not well received by the assembled group. One resident, holding up the newspaper, demanded to know “whether, given today’s article in the *Toronto Star*, the final answer will come from North Bay or Queen’s Park”. In other words, whether the decision would be made by Ministry bureaucrats themselves or by their political masters in Toronto. Another resident expressed the concern that approval might already be a “done deal”.

[13] Dr. Lorrie Clark, a professor of English at Trent University in Peterborough who has a cottage on the Twin Lakes, attended the meeting. Following the meeting, Clark sent Bill Schiller an e-mail advising him that the Osprey Links story had “hit New Liskeard like a bombshell” and that the similarities between Osprey Links and the events surrounding Grant’s golf course development were “extraordinary”. She explained the situation giving rise to the public meeting and described the sentiments of local cottagers in the following manner:

Basically, the situation is this: Peter Grant, multimillionaire owner of Grant Forest Products in Englehart and Mike Harris supporter and crony, is trying to buy 40 acres of Crown Land behind his “cottage” on Twin Lakes, just west of New Liskeard, for a private golf course. . . . Everyone thinks it’s a done deal, because of Grant’s influence (he employs 10,000 people in Northern Ontario) but most of all his Mike Harris ties. . . .

There has been a constant sense from the beginning that this is, as one cottager put it last night, “a done deal,” and that nothing we can do to stop a development that is NOT in the public interest — but obviously only a very private one — will make any difference. Everyone suspects — although I do grant that this is perhaps all unfounded — that there may be political pressure on the MNR people to give Mr. Grant what he wants. [A.R., vol. X, at p. 78]

habituelle et qu’aucune décision n’était encore rendue. Or, l’article concernant Osprey Links étant paru le jour même, ces propos n’ont pas été bien reçus. Un résident, brandissant le journal, a exigé de savoir [TRADUCTION] « compte tenu de l’article du *Toronto Star* d’aujourd’hui, si la réponse finale viendra de North Bay ou de Queen’s Park ». Autrement dit, il demandait si la décision serait prise par les fonctionnaires du ministère eux-mêmes ou par leurs patrons politiques à Toronto. Un autre résident a dit craindre que l’approbation soit déjà un [TRADUCTION] « fait accompli ».

[13] Madame Lorrie Clark, une professeure d’anglais de l’Université Trent à Peterborough et propriétaire d’un chalet sur les bords des lacs Twin était présente à l’assemblée. À la suite de cette rencontre, elle a communiqué par courriel avec M. Bill Schiller, lui signalant que son article sur Osprey Links avait [TRADUCTION] « fait l’effet d’une bombe à New Liskeard » et que la ressemblance entre les faits entourant le projet de M. Grant d’aménagement d’un terrain de golf et ceux relatifs au projet d’Osprey Links était [TRADUCTION] « extraordinaire ». Elle lui a décrit ainsi la situation ayant mené à la tenue de l’assemblée publique et l’état d’esprit des propriétaires de chalets :

[TRADUCTION] Voici en gros la situation : M. Peter Grant, propriétaire multimillionnaire de l’entreprise Grant Forest Products d’Englehart, mais aussi ami et partisan de longue date de Mike Harris, essaie d’acquiescer 40 acres de terres publiques contiguës à son « chalet » des lacs Twin, à l’ouest de New Liskeard, pour y aménager un golf privé. [. . .] Tout le monde pense que c’est un fait accompli en raison de l’influence qu’exerce M. Grant (il emploie 10 000 personnes dans le Nord de l’Ontario), mais plus encore en raison de ses liens avec Mike Harris. . . .

Depuis le début, on sent que c’est « un fait accompli », comme l’a dit l’un des propriétaires de chalets hier soir, et qu’il n’y a rien à faire pour empêcher la réalisation d’un projet qui ne sert PAS l’intérêt public, mais, de toute évidence, uniquement un intérêt très privé. Tout le monde soupçonne que des pressions politiques sont peut-être exercées sur les fonctionnaires du MRN pour que M. Grant obtienne ce qu’il désire, bien qu’il puisse s’agir, je le concède, d’une rumeur non fondée. [d.a., vol. X, p. 78]

Schiller received other communications from cottagers critical of Grant's proposal and suspicious of his influence. The story captured his attention — in his words, it was a “classic public interest story” — and he decided to investigate.

[14] Schiller began by examining records from Elections Ontario, which confirmed a history of large political contributions by Grant and GFP to the provincial PC Party and Mike Harris. He then went to New Liskeard and met with several local residents. He received information about the proposed development, listened to the residents' concerns, and learned more about Peter Grant and his prominence in the community. He spoke with MNR representatives and collected an array of documents dealing with the project. Schiller also attempted on several occasions to interview Grant in order to “get both sides” of the story, but was repeatedly rebuffed. When, in June, Schiller again wrote to Grant, putting to him some of the cottagers' objections and asking for a response, Grant's lawyer responded by threatening a libel suit.

[15] In early June, the Star sent a photographer named Mike Slaughter to take photos of Grant's property for the newspaper article. Slaughter photographed Grant's property from a canoe in the lake. He also took photos of the golf course, parking by the side of a public road and walking a few steps on to the course in the process. Noticing the photographer and suspecting that he was from the Star, Grant instructed an employee, Ted Webster, to go and find out who the photographer was and try to detain him. Apparently, Grant wanted Webster to keep Slaughter there until the police responded to his trespass complaint. In any event, Webster parked his truck on the road in front of Slaughter's car in an attempt to block him in. Slaughter nonetheless drove around him, narrowly missing driving into a ditch. Webster followed him in his truck, with another Grant employee joining in the chase,

D'autres propriétaires de chalets, en désaccord avec le projet de M. Grant et suspectant que ce dernier usait de son influence, ont communiqué avec M. Schiller. L'affaire a éveillé son intérêt. Pour reprendre ses mots, il s'agissait d'un [TRADUCTION] « sujet classique d'intérêt public » — et il a décidé de faire enquête.

[14] Monsieur Schiller a commencé par examiner les dossiers d'Élections Ontario qui ont confirmé que M. Grant et GFP contribuaient généreusement aux caisses du PC ontarien et de Mike Harris. Il s'est ensuite rendu à New Liskeard et a rencontré plusieurs résidents de l'endroit. Il a recueilli des renseignements au sujet de l'aménagement proposé, a pris note des inquiétudes des résidents et en a appris davantage sur Peter Grant et sur la place importante qu'il occupe dans la collectivité. Il a parlé avec des représentants du MRN et rassemblé une série de documents se rapportant au projet. Il a également tenté à plusieurs reprises de rencontrer M. Grant pour connaître [TRADUCTION] « les deux côtés de la médaille ». Il s'est cependant constamment heurté à un refus. En outre, lorsqu'il a écrit de nouveau à M. Grant, au mois de juin, pour lui exposer certaines objections des propriétaires de chalets et lui demander une réponse, l'avocat de ce dernier lui a répondu en menaçant de le poursuivre pour libelle diffamatoire.

[15] Au début du mois de juin, le Star a dépêché un photographe du nom de Mike Slaughter pour rapporter des photos de la propriété de M. Grant afin d'illustrer l'article. Monsieur Slaughter a photographié la propriété vue du lac, à partir d'un canot. Il a également pris des photos du golf après avoir garé son véhicule sur le côté de la voie publique et avoir fait quelques pas sur le terrain. Monsieur Grant, qui avait remarqué la présence du photographe et qui se doutait qu'il était envoyé par le Star, a donné instruction à un employé, M. Ted Webster, d'aller voir de qui il s'agissait et d'essayer de l'empêcher de partir. Il semble que M. Grant voulait que le photographe reste où il était jusqu'à ce que la police réponde à sa plainte pour intrusion. Quoi qu'il en soit, M. Webster a garé son camion sur la voie, devant la voiture de M. Slaughter, pour tenter de lui bloquer le passage. Monsieur Slaughter a

but Slaughter escaped. Accounts of this event vary widely between the parties and became a significant issue at trial. According to Grant, the event constituted an egregious trespass by the Star; according to the Star, it demonstrated Grant's ruthless desire to suppress all scrutiny, and his aggressive posture toward the press.

[16] The article, headlined "Cottagers teed off over golf course — Long-time Harris backer awaits Tory nod on plan", was finally published on June 23, 2001. Its full text is reproduced in full in the Appendix to these reasons. (Two follow-up articles were also published, but they are not the subject of this action.) The June 23 article detailed Grant's ties to Harris and the PC Party, explained the background to the controversy and gave voice to the cottagers' concerns over the development itself and the possibility of political interference. It noted that Grant had refused to comment and mentioned that one of Grant's employees had "tried to drive the photographer's vehicle off a public road". The article included the following paragraph, which became the centerpiece of this litigation:

"Everyone thinks it's a done deal because of Grant's influence — but most of all his Mike Harris ties," says Lorrie Clark, who owns a cottage on Twin Lakes.

All in all, the article gave greater credence and prominence to the cottagers' side of the story than to Grant's. It did not paint Grant in a flattering light. However, its constituent facts were largely true, depending on whether the quote from Dr. Clark that "[e]veryone thinks it's a done deal" is seen as a statement of fact or opinion — a matter to which I will return.

quand même réussi à le contourner, manquant de peu de tomber dans un fossé. Monsieur Webster l'a suivi dans son camion. Un autre employé de M. Grant s'est joint à la poursuite, mais M. Slaughter a réussi à s'échapper. Les parties ont des versions très différentes de cet incident — qui a pris une grande importance au procès. Selon M. Grant, il s'agissait d'une intrusion manifeste du Star sur une propriété privée. Pour le Star, l'incident a plutôt fait la preuve de la volonté impitoyable de M. Grant d'empêcher toute enquête et de son attitude agressive envers la presse.

[16] L'article, intitulé [TRADUCTION] « Résidents verts de rage à propos d'un terrain de golf — un partisan de longue date de Mike Harris attend l'aval des conservateurs quant à son projet », a paru le 23 juin 2001. Il est reproduit en entier en annexe. (Deux autres articles lui ont fait suite, mais ils ne sont pas visés par la présente action.) L'article du 23 juin décrivait les liens de M. Grant avec Mike Harris et le parti conservateur, situait la controverse et exposait les préoccupations que l'aménagement lui-même et la possibilité d'une ingérence politique suscitaient chez les propriétaires de chalets. Il faisait état du refus de commenter opposé par M. Grant et de la tentative d'un des employés de ce dernier [TRADUCTION] « de faire quitter la voie publique au véhicule du photographe ». L'article comportait le paragraphe suivant, qui est au cœur du présent litige :

[TRADUCTION] « Tout le monde pense que c'est un fait accompli en raison de l'influence qu'exerce M. Grant, mais plus encore en raison de ses liens avec Mike Harris », affirme Lorrie Clark, propriétaire d'un chalet sur les bords des lacs Twin.

Somme toute, l'article accordait plus de crédit et d'importance à la position des propriétaires de chalets qu'à celle de M. Grant. Il ne peignait pas ce dernier sous un jour flatteur. Toutefois, les faits rapportés étaient en grande partie véridiques, selon que l'on considère la citation de M^{me} Clark — « [t]out le monde pense que c'est un fait accompli » comme un énoncé de fait ou comme un énoncé d'opinion, une question sur laquelle je reviendrai.

[17] As promised, Grant and GFP sued Schiller, the Star and affiliates of the paper, and Lorrie Clark. Dr. Clark settled before trial.

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice (Rivard J. sitting with a jury)*

[18] At trial, the principal focus was on the “done deal” statement attributed to Dr. Clark, which the plaintiffs said contained the core of the article’s defamatory import. The plaintiffs contended that the article effectively accused Grant of improperly using his influence to obtain government favours. The defendants countered that the article simply aired the real and legitimate concerns of local residents without actually levelling any allegation of impropriety against Grant.

[19] In the alternative, the defendants, relying on recent English jurisprudence, argued that an expanded qualified privilege defence based on a concept of public interest responsible journalism should apply. Without rejecting the possibility of such expansion, the trial judge ruled that the defence would not apply in these circumstances because the story was primarily one of local import and had a “very negative tone”.

[20] Accordingly, the case went to the jury essentially on the defences of truth and fair comment. The jury rejected these defences and awarded the plaintiffs general, aggravated and punitive damages totalling \$1.475 million. Punitive damages alone were assessed at \$1 million.

B. *Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Feldman and Simmons JJ.A.) (2008 ONCA 796, 92 O.R. (3d) 561)*

[21] Fortified by the intervening decision of the Ontario Court of Appeal in *Cusson v. Quan*, 2007 ONCA 771, 231 O.A.C. 277 (reasons on appeal in

[17] Les menaces de poursuite ont été mises à exécution. Monsieur Grant et GFP ont poursuivi M. Schiller, le Star et d’autres parties liées au journal ainsi que M^{me} Lorrie Clark. Madame Clark a réglé avant le procès.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario (le juge Rivard, siégeant avec jury)*

[18] Au procès, l’accent a été mis sur la déclaration attribuée à M^{me} Clark qu’il y avait « fait accompli » qui, pour les demandeurs, constituait le nœud de la diffamation. Ils ont soutenu que l’article accusait en fait M. Grant d’avoir abusé de son influence pour obtenir des faveurs du gouvernement, ce à quoi les défendeurs ont opposé que l’article se faisait simplement l’écho des préoccupations réelles et légitimes des résidents locaux, sans accuser M. Grant de s’être mal conduit.

[19] Puis, invoquant la jurisprudence anglaise récente, les défendeurs ont soutenu subsidiairement qu’il y aurait lieu d’appliquer une défense d’immunité relative élargie, fondée sur la notion de journalisme responsable concernant des questions d’intérêt public. Sans écarter la possibilité d’une telle extension, le juge du procès a déclaré que ce moyen de défense ne pourrait être retenu dans les circonstances en raison de la portée essentiellement locale de l’article et de son [TRADUCTION] « ton très négatif ».

[20] Par conséquent, les questions soumises au jury portaient essentiellement sur la défense de véracité et sur celle de commentaire loyal. Le jury les a toutes deux rejetées, et il a accordé aux demandeurs des dommages-intérêts généraux, majorés et punitifs totalisant 1 475 000 \$. Les dommages-intérêts punitifs à eux seuls se chiffraient à 1 000 000 \$.

B. *Cour d’appel de l’Ontario (les juges Rosenberg, Feldman et Simmons) (2008 ONCA 796, 92 O.R. (3d) 561)*

[21] Forts de la décision que la Cour d’appel de l’Ontario avait rendue entre-temps dans l’affaire *Cusson c. Quan*, 2007 ONCA 771, 231 O.A.C.

this Court released concurrently: *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712), which recognized a new defence of responsible journalism, the Star defendants appealed the jury verdict on both liability and quantum of damages.

[22] Writing for the Court of Appeal, Feldman J.A. affirmed the new responsible journalism defence elaborated in *Quan*, and concluded that the trial judge had erred in failing to leave this defence with the jury. Feldman J.A. held that the trial judge had applied an inappropriately narrow conception of the public interest: he should have found as a matter of law that the subject of the article was in the public interest and gone on to assess responsibility on that basis. On the issue of responsibility, Feldman J.A. took the view that the trial judge had inaccurately downplayed the extent to which Schiller actually attempted to verify the allegations. She also held that the jury should have been required to answer a preliminary question as to the meaning of the statement, since it could be interpreted in different ways.

[23] On the defence of fair comment, Feldman J.A. identified additional problems with the trial judge's charge to the jury. Because the trial took place prior to this Court's decision in *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420, the trial judge understandably instructed the jury that a fair comment must be one that a "fair-minded" person could hold — a proviso that was rejected in *WIC Radio*. Further, on the issue of malice which defeats fair comment, the trial judge instructed the jury that the key question was Schiller's honest belief in the defamatory statements, the "done deal" remark chief among them. But, as Feldman J.A. noted, this comment was attributed to Dr. Clark. Schiller's honest belief in it could only be relevant if he had adopted it as his own. This confusion meant that the jury may have found malice on improper grounds.

277 — et dont l'appel est tranché par les motifs de la Cour rendus concurremment : *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712 —, laquelle reconnaissait la nouvelle défense de journalisme responsable, les défendeurs Star ont interjeté appel du verdict du jury tant à l'égard de la question de la responsabilité que de celle du montant des dommages-intérêts.

[22] Rendant jugement pour la cour, la juge Feldman a confirmé la reconnaissance de la nouvelle défense de journalisme responsable élaborée dans *Quan*, et elle a conclu que le juge du procès avait omis à tort de la présenter au jury. Selon elle, le juge du procès a indûment rétréci la notion d'intérêt public : il aurait dû tirer la conclusion de droit que le sujet de l'article était d'intérêt public, puis en évaluer en conséquence le caractère responsable. Relativement à cette dernière question, la juge Feldman a estimé que le juge du procès avait réduit à tort l'importance des efforts effectivement déployés par M. Schiller pour vérifier les allégations. Elle a aussi statué que le juge aurait dû soumettre au jury la question préliminaire du sens de l'énoncé en cause, puisque celui-ci pouvait être interprété de diverses façons.

[23] La juge Feldman a aussi relevé des erreurs dans l'exposé au jury concernant la défense de commentaire loyal. Parce que le procès s'est tenu avant que notre Cour rende l'arrêt *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420, le juge du procès a naturellement indiqué au jury que le commentaire loyal devait pouvoir émaner d'un « esprit juste », condition qui a été rejetée dans *WIC Radio*. En outre, dans ses directives au jury sur la question de la malveillance qui fait échec à la défense de commentaire loyal, le juge Rivard a expliqué que la question fondamentale était de savoir si M. Schiller croyait honnêtement les énoncés diffamatoires, en particulier la remarque portant sur le « fait accompli ». Or, comme la juge Feldman l'a signalé, ce commentaire ayant été attribué à M^{me} Clark, la croyance honnête de M. Schiller à son égard ne pouvait être pertinente que s'il l'avait fait sien. La confusion à cet égard peut avoir induit le jury à conclure, sur la foi de fondements erronés, qu'il y avait eu malveillance.

[24] Concluding that the jury instructions were flawed, the Court of Appeal ordered a new trial.

[25] Mr. Grant and his corporation appeal to this Court to reinstate the jury verdict. The Star defendants cross-appeal, asking the Court to apply the new defence in this case and dismiss the action. In the alternative, they ask the Court to dismiss the action on the basis of fair comment.

IV. Issues

[26] While both fair comment and public interest responsible communication remain live issues on appeal, the principal legal question before us is whether the protection accorded to factual statements published in the public interest should be strengthened and, if so, how. This suggests the following analytical framework:

1. Should the common law provide a defence based on responsible communication in the public interest?
2. If so, what are the elements of the new defence?
3. If so, what procedures should apply? In particular, what are the respective roles of the judge and jury?
4. Application to the case at bar
 - (a) Fair comment
 - (b) Responsible communication

V. Analysis

A. *Should the Common Law Provide a Defence Based on Responsible Communication in the Public Interest?*

[27] I will first examine the current law, and then consider the arguments for and against change.

[24] Estimant que les directives données au jury étaient viciées, la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[25] Monsieur Grant et sa société se sont pourvus devant la Cour pour faire rétablir le verdict du jury. Les défendeurs Star ont formé un pourvoi incident, demandant à notre Cour d'appliquer le nouveau moyen de défense en l'espèce et de rejeter l'action. Subsidiairement, ils ont prié la Cour de rejeter l'action sur le fondement du commentaire loyal.

IV. Les questions en litige

[26] Bien que les défenses de commentaire loyal et de communication responsable faite dans l'intérêt public restent des questions en litige, la principale question juridique posée en l'espèce concerne l'opportunité de renforcer la protection accordée aux énoncés de fait diffusés dans l'intérêt public et, le cas échéant, la façon de le faire. Ces questions invitent à adopter le cadre analytique suivant :

1. La common law devrait-elle prévoir une défense fondée sur la communication responsable faite dans l'intérêt public?
2. Si oui, quels seraient les éléments du nouveau moyen de défense?
3. Si oui, quelle serait la procédure applicable? Plus particulièrement, quels seraient les rôles respectifs du juge et du jury?
4. Application à la présente espèce
 - a) le commentaire loyal
 - b) la communication responsable

V. Analyse

A. *La common law devrait-elle prévoir une défense fondée sur la communication responsable faite dans l'intérêt public?*

[27] J'analyserai d'abord le droit actuel. Ensuite, j'examinerai les arguments invoqués en faveur ou à l'encontre du changement.

(1) The Current Law

[28] A plaintiff in a defamation action is required to prove three things to obtain judgment and an award of damages: (1) that the impugned words were defamatory, in the sense that they would tend to lower the plaintiff's reputation in the eyes of a reasonable person; (2) that the words in fact referred to the plaintiff; and (3) that the words were published, meaning that they were communicated to at least one person other than the plaintiff. If these elements are established on a balance of probabilities, falsity and damage are presumed, though this rule has been subject to strong criticism: see, e.g., R. A. Smolla, "Balancing Freedom of Expression and Protection of Reputation Under Canada's *Charter of Rights and Freedoms*", in D. Schneiderman, ed., *Freedom of Expression and the Charter* (1991), 272, at p. 282. (The only exception is that slander requires proof of special damages, unless the impugned words were slanderous *per se*: R. E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 3, at pp. 25-2 and 25-3.) The plaintiff is not required to show that the defendant intended to do harm, or even that the defendant was careless. The tort is thus one of strict liability.

[29] If the plaintiff proves the required elements, the onus then shifts to the defendant to advance a defence in order to escape liability.

[30] Both statements of opinion and statements of fact may attract the defence of privilege, depending on the occasion on which they were made. Some "occasions", like Parliamentary and legal proceedings, are absolutely privileged. Others, like reference letters or credit reports, enjoy "qualified" privilege, meaning that the privilege can be defeated by proof that the defendant acted with malice: see *Horrocks v. Lowe*, [1975] A.C. 135 (H.L.). The defences of absolute and qualified privilege reflect the fact that "common convenience and welfare of society" sometimes requires untrammelled communications: *Toogood v. Spyring* (1834), 1 C.M. & R. 181, 149 E.R. 1044, at p. 1050, *per Parke B.*

(1) Le droit actuel

[28] Celui qui intente une action en diffamation doit prouver trois éléments pour avoir gain de cause et obtenir des dommages-intérêts : (1) que les mots en cause sont diffamatoires au sens où ils tendent à entacher sa réputation aux yeux d'une personne raisonnable, (2) que ces mots visent bel et bien le demandeur et (3) qu'ils ont été diffusés, c'est-à-dire qu'ils ont été communiqués à au moins une personne autre que le demandeur. Si ces éléments sont établis suivant la prépondérance des probabilités, la fausseté et le préjudice sont présumés, en dépit du fait que cette règle a été vertement critiquée : voir, p. ex., R. A. Smolla, « Balancing Freedom of Expression and Protection of Reputation Under Canada's *Charter of Rights and Freedoms* » dans D. Schneiderman, dir., *Freedom of Expression and the Charter* (1991), 272, p. 282. (Cette règle ne connaît qu'une exception, qui exige la preuve d'un dommage spécial pour les cas de diffamation verbale, à moins que les mots en cause ne soient intrinsèquement diffamatoires : R. E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 3, p. 25-2 et 25-3). Le demandeur n'a pas à prouver que le défendeur avait l'intention de causer un préjudice ni même qu'il a été négligent. Il s'agit donc d'un délit de responsabilité stricte.

[29] Si le demandeur a établi les éléments nécessaires, le fardeau de la preuve est inversé et le défendeur doit invoquer un moyen de défense pour éviter d'être jugé responsable.

[30] Le défendeur peut invoquer la défense d'immunité tant à l'égard des énoncés d'opinion qu'à l'égard des énoncés de fait, selon les circonstances dans lesquelles ils ont été faits. Certaines « circonstances », comme les débats parlementaires ou les instances judiciaires, donnent lieu à une immunité absolue. D'autres, comme les lettres de recommandation ou les rapports de solvabilité, ne confèrent qu'une immunité « relative », au sens où elle peut être levée s'il est démontré que le défendeur a agi avec malveillance : voir *Horrocks c. Lowe*, [1975] A.C. 135 (H.L.). L'existence des défenses d'immunités absolue et relative témoigne du fait que [TRADUCTION] « l'intérêt et le bien-être communs

The law acknowledges through recognition of privileged occasions that false and defamatory expression may sometimes contribute to desirable social ends.

[31] In addition to privilege, statements of opinion, a category which includes any “deduction, inference, conclusion, criticism, judgment, remark or observation which is generally incapable of proof” (*Ross v. New Brunswick Teachers’ Assn.*, 2001 NBCA 62, 201 D.L.R. (4th) 75, at para. 56, cited in *WIC Radio*, at para. 26), may attract the defence of fair comment. As reformulated in *WIC Radio*, at para. 28, a defendant claiming fair comment must satisfy the following test: (a) the comment must be on a matter of public interest; (b) the comment must be based on fact; (c) the comment, though it can include inferences of fact, must be recognisable as comment; (d) the comment must satisfy the following objective test: could any person honestly express that opinion on the proved facts?; and (e) even though the comment satisfies the objective test the defence can be defeated if the plaintiff proves that the defendant was actuated by express malice. *WIC Radio* expanded the fair comment defence by changing the traditional requirement that the opinion be one that a “fair-minded” person could honestly hold, to a requirement that it be one that “anyone could honestly have expressed” (paras. 49-51), which allows for robust debate. As Binnie J. put it, “[w]e live in a free country where people have as much right to express outrageous and ridiculous opinions as moderate ones” (para. 4).

[32] Where statements of fact are at issue, usually only two defences are available: the defence that the statement was substantially true (justification); and the defence that the statement was made in a protected context (privilege). The issue in this case is whether the defences to actions for defamatory

de la société » exigent parfois que la communication puisse se faire sans entrave : *Toogood c. Spyring* (1834), 1 C.M. & R. 181, 149 E.R. 1044, p. 1050, le baron Parke. En formulant le principe de l’immunité circonstancielle, le droit reconnaît que des propos faux et diffamatoires peuvent parfois contribuer à l’atteinte de fins sociales souhaitables.

[31] À l’égard des énoncés d’opinion, comprenant [TRADUCTION] « les déductions, inférences, conclusions, critiques, jugements, remarques et observations, dont il est généralement impossible de faire la preuve » (*Ross c. New Brunswick Teachers’ Assn.*, 2001 NBCA 62, 201 D.L.R. (4th) 75, par. 56, cité dans *WIC Radio* au par. 26), un défendeur peut invoquer non seulement l’immunité, mais aussi la défense de commentaire loyal. Suivant la reformulation qui en a été faite dans *WIC Radio*, au par. 28, le défendeur qui invoque ce moyen doit satisfaire aux éléments suivants de la défense : a) le commentaire doit porter sur une question d’intérêt public; b) le commentaire doit être fondé sur des faits; c) le commentaire peut comprendre des conclusions de fait, mais doit être reconnaissable en tant que commentaire; d) le commentaire doit répondre au critère objectif suivant : est-ce que n’importe qui pourrait honnêtement exprimer cette opinion vu les faits prouvés?; e) même si le commentaire répond au critère objectif, la défense peut échouer si le demandeur prouve que le défendeur était animé par la malice. *WIC Radio* a élargi la défense de commentaire loyal en modifiant l’exigence classique de l’opinion qui puisse honnêtement être exprimée par un « esprit juste » en exigeant voulant que l’opinion soit de celles qu’« on pouvait honnêtement exprimer » (par. 49-51) et qui permette les débats vigoureux. Pour reprendre les mots du juge Binnie : « [n]ous vivons dans un pays libre, où il est permis d’énoncer des opinions outrancières et ridicules tout autant que des vues modérées » (par. 4).

[32] Lorsque des énoncés de fait sont en cause, le défendeur n’a habituellement que deux moyens de défense à sa disposition : il peut faire valoir que l’énoncé est substantiellement vrai (justification) ou qu’il a été fait dans un contexte protégé (immunité). En l’espèce, il faut déterminer s’il convient

statements of fact should be expanded, as has been done for statements of opinion, in recognition of the importance of freedom of expression in a free society.

[33] To succeed on the defence of justification, a defendant must adduce evidence showing that the statement was substantially true. This may be difficult to do. A journalist who has checked sources and is satisfied that a statement is substantially true may nevertheless have difficulty proving this in court, perhaps years after the event. The practical result of the gap between responsible verification and the ability to prove truth in a court of law on some date far in the future, is that the defence of justification is often of little utility to journalists and those who publish their stories.

[34] If the defence of justification fails, generally the only way a publisher can escape liability for an untrue defamatory statement of fact is by establishing that the statement was made on a privileged occasion. However, the defence of qualified privilege has seldom assisted media organizations. One reason is that qualified privilege has traditionally been grounded in special relationships characterized by a “duty” to communicate the information and a reciprocal “interest” in receiving it. The press communicates information not to identified individuals with whom it has a personal relationship, but to the public at large. Another reason is the conservative stance of early decisions, which struck a balance that preferred reputation over freedom of expression. In a series of judgments written by Cartwright J. (as he then was), this Court refused to grant the communications media any special status that might have afforded them greater access to the privilege: *Douglas v. Tucker*, [1952] 1 S.C.R. 275; *Globe and Mail Ltd. v. Boland*, [1960] S.C.R. 203; *Banks v. Globe and Mail Ltd.*, [1961] S.C.R. 474; *Jones v. Bennett*, [1969] S.C.R. 277.

d’élargir la gamme des moyens de défense applicables en cas de poursuite pour énoncés de fait diffamatoires — comme cela a été fait pour les énoncés d’opinion — en raison de l’importance de la liberté d’expression dans une société libre.

[33] Pour que sa défense de justification soit reçue, le défendeur doit démontrer que l’énoncé était substantiellement vrai. Une telle preuve peut être difficile à faire. Un journaliste pourrait avoir vérifié ses sources et être convaincu qu’un énoncé est substantiellement vrai, mais avoir néanmoins de la difficulté à le démontrer en cour, peut-être des années après les faits. L’absence d’adéquation entre la vérification responsable et la capacité de prouver la véracité en cour beaucoup plus tard fait en sorte que, d’un point de vue pratique, la défense de justification s’avère souvent très peu utile aux journalistes et à ceux qui diffusent leurs reportages.

[34] Si la défense de justification est rejetée, le diffuseur ne pourra généralement échapper à la responsabilité résultant d’un énoncé de fait diffamatoire faux qu’en établissant que cet énoncé a été fait dans des circonstances conférant une « immunité ». La défense d’immunité relative n’a toutefois que rarement été utile aux médias. Cela tient notamment à ce que ce moyen est traditionnellement associé à l’existence de relations particulières caractérisées par un « devoir » de communiquer l’information et un « intérêt » correspondant à en recevoir communication. Or, la presse ne communique pas de renseignements à des personnes déterminées avec lesquelles elle entretient des rapports personnels, elle s’adresse plutôt au public en général. L’utilité restreinte de ce moyen de défense s’explique aussi par le conservatisme des premières décisions, qui ont résolu le conflit entre protection de la réputation et liberté d’expression en privilégiant la réputation. Dans une série de jugements rédigés par le juge Cartwright (plus tard Juge en chef), notre Cour a refusé de reconnaître aux médias un statut particulier qui aurait pu leur rendre la défense d’immunité plus accessible : *Douglas c. Tucker*, [1952] 1 R.C.S. 275; *Globe and Mail Ltd. c. Boland*, [1960] R.C.S. 203; *Banks c. Globe and Mail Ltd.*, [1961] R.C.S. 474; *Jones c. Bennett*, [1969] R.C.S. 277.

[35] In recent decades, courts have begun to moderate the strictures of qualified privilege, albeit in an *ad hoc* and incremental way. When a strong duty and interest seemed to warrant it, they have on occasion applied the privilege to publications to the world at large. For example, in suits against politicians expressing concerns to the electorate about the conduct of other public figures, courts have sometimes recognized that a politician's "duty to ventilate" matters of concern to the public could give rise to qualified privilege: *Parlett v. Robinson* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 26 (C.A.), at p. 39.

[36] In the last decade, this recognition has sometimes been extended to media defendants. For example, in *Grenier v. Southam Inc.*, [1997] O.J. No. 2193 (QL), the Ontario Court of Appeal (in a brief endorsement) upheld a trial judge's finding that the defendant media corporation had a "social and moral duty" to publish the article in question. Other cases have adopted the view that qualified privilege is available to media defendants, provided that they can show a social or moral duty to publish the information and a corresponding public interest in receiving it: *Leenen v. Canadian Broadcasting Corp.* (2000), 48 O.R. (3d) 656 (S.C.J.), at p. 695, *aff'd* (2001), 54 O.R. (3d) 612 (C.A.), and *Young v. Toronto Star Newspapers Ltd.* (2003), 66 O.R. (3d) 170 (S.C.J.), *aff'd* (2005), 77 O.R. (3d) 680 (C.A.).

[37] Despite these tentative forays, the threshold for privilege remains high and the criteria for reciprocal duty and interest required to establish it unclear. It remains uncertain when, if ever, a media outlet can avail itself of the defence of qualified privilege.

[35] Au cours des dernières décennies, les tribunaux ont assoupli les règles régissant l'immunité relative, quoique de façon graduelle et ponctuelle. Il est arrivé aux tribunaux de reconnaître une telle immunité à des publications sans destinataire précis, lorsqu'un devoir et un intérêt impérieux semblaient le justifier. Par exemple, à l'occasion de poursuites visant des politiciens ayant fait part à l'électorat de préoccupations suscitées par la conduite d'autres personnages publics, les tribunaux ont parfois reconnu que le [TRADUCTION] « devoir qui incombe aux politiciens de faire circuler l'information » sur des sujets d'intérêt pour le public pouvait conférer une immunité relative : *Parlett c. Robinson* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 26 (C.A.), p. 39.

[36] Au cours de la dernière décennie, cette reconnaissance a quelquefois été étendue à des médias défendeurs. Dans *Grenier c. Southam Inc.*, [1997] O.J. No. 2193 (QL), par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario (dans une brève inscription) a confirmé la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'entreprise de presse défenderesse avait le [TRADUCTION] « devoir social et moral » de publier l'article en question. L'opinion voulant que les médias puissent invoquer l'immunité relative à la condition qu'ils démontrent l'existence d'un devoir social ou moral de diffusion et d'un intérêt correspondant à recevoir l'information a été adoptée dans d'autres décisions : *Leenen c. Canadian Broadcasting Corp.* (2000), 48 O.R. (3d) 656 (C.S.J.), p. 695, *conf. par* (2001), 54 O.R. (3d) 612 (C.A.), et *Young c. Toronto Star Newspapers Ltd.* (2003), 66 O.R. (3d) 170 (C.S.J.), *conf. par* (2005), 77 O.R. (3d) 680 (C.A.).

[37] En dépit de ces incursions limitées, les exigences relatives à l'immunité demeurent rigoureuses et les critères applicables au devoir et à l'intérêt correspondant nécessaires à son établissement demeurent nébuleux. On ne sait toujours pas avec certitude quand une entreprise médiatique peut se prévaloir de la défense d'immunité relative, si tant est qu'elle le puisse.

(2) The Case for Changing the Law

[38] Two related arguments are presented in support of broadening the defences available to public communicators, such as the press, in reporting matters of fact.

[39] The first argument is grounded in principle. It asserts that the existing law is inconsistent with the principle of freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. In the modern context, it is argued, the traditional rule has a chilling effect that unjustifiably limits reporting facts, and strikes a balance too heavily weighted in favour of protection of reputation. While the law should provide redress for baseless attacks on reputation, defamation lawsuits, real or threatened, should not be a weapon by which the wealthy and privileged stifle the information and debate essential to a free society.

[40] The second argument is grounded in jurisprudence. This argument points out that many foreign common law jurisdictions have modified the law of defamation to give more protection to the press, in recognition of the fact that the traditional rules inappropriately chill free speech. While different countries have taken different approaches, the trend is clear. Recent Canadian cases, most notably the decision of the Ontario Court of Appeal in *Quan*, have affirmed this trend. The time has arrived, it is argued, for this Court to follow suit.

(a) *The Argument From Principle*

[41] The fundamental question of principle is whether the traditional defences for defamatory statements of fact curtail freedom of expression in a way that is inconsistent with Canadian constitutional values. Does the existing law strike an appropriate balance between two values vital to Canadian society — freedom of expression on the one hand, and the protection of individuals' reputations on

(2) Les arguments militant en faveur d'une modification du droit

[38] La thèse préconisant d'élargir la gamme des moyens de défense dont peuvent se prévaloir les diffuseurs publics — telle la presse — relativement à la communication de faits repose sur deux arguments connexes.

[39] Le premier argument, fondé sur des considérations de principe, pose que le droit actuel n'est pas compatible avec la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Selon cet argument, les règles classiques, appliquées à l'ère moderne, produisent un effet paralysant qui limite indûment la couverture de faits et qui fait trop pencher la balance au profit de la protection de la réputation. Bien que le droit doive pourvoir à la réparation d'atteintes non fondées à la réputation, il faut éviter que les poursuites ou menaces de poursuite en diffamation servent d'arme permettant aux riches et aux puissants d'entraver la diffusion de l'information et le débat essentiels à une société libre.

[40] Le second argument, fondé sur la jurisprudence, renvoie aux modifications que plusieurs ressorts étrangers de common law ont apportées aux règles classiques applicables en matière de diffamation pour étendre la protection conférée aux médias, après avoir reconnu que ces règles restreignaient indûment la liberté d'expression. Toujours selon cet argument, en dépit de la diversité des approches retenues, la tendance est claire et elle a été confirmée par des décisions canadiennes récentes, plus particulièrement par l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Quan*, si bien que le temps est venu pour notre Cour d'emboîter le pas.

a) *L'argument de principe*

[41] La question de principe fondamentale qui se pose est celle de savoir si les moyens de défense classiques applicables à l'égard d'énoncés de fait discriminatoires imposent à la liberté d'expression des limites incompatibles avec les valeurs constitutionnelles canadiennes. Le droit existant établit-il un juste équilibre entre deux valeurs essentielles pour la société canadienne — la liberté

the other? As Binnie J. stated in *WIC Radio*, “[a]n individual’s reputation is not to be treated as regrettable but unavoidable road kill on the highway of public controversy, but nor should an overly solicitous regard for personal reputation be permitted to ‘chill’ freewheeling debate on matters of public interest” (para. 2).

[42] Freedom of expression and respect for vigorous debate on matters of public interest have long been seen as fundamental to Canadian democracy. Many years before the *Charter* this Court, in the *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, per Duff C.J., suggested that the Canadian Constitution contained an implied right of free expression on political matters. That principle, affirmed in cases like *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, and *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, has stood the test of time.

[43] In 1982, the *Charter*, through s. 2(b), confirmed and expanded constitutional protection for free expression, specifically extending it to the press: “Everyone has . . . freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication”.

[44] The constitutional status of freedom of expression under the *Charter* means that all Canadian laws must conform to it. The common law, though not directly subject to *Charter* scrutiny where disputes between private parties are concerned, may be modified to bring it into harmony with the *Charter*. As Cory J. put it in *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 97, “*Charter* values, framed in general terms, should be weighed against the principles which underlie the common law. The *Charter* values will then provide the guidelines for any modification to the common law which the court feels is necessary.”

d’expression d’une part et la protection de la réputation personnelle d’autre part? Comme le juge Binnie l’a indiqué dans *WIC Radio*, « [i]l n’est pas question de considérer l’atteinte à la réputation de l’individu comme une conséquence regrettable, mais inévitable, des controverses publiques, mais il ne faut pas non plus vouer à la réputation personnelle une déférence exagérée propre à “paralyser” un débat ouvert sur des questions d’intérêt public » (par. 2).

[42] Il y a longtemps que la liberté d’expression et le respect des débats vigoureux sur les questions d’intérêt public sont considérés comme essentiels à la démocratie canadienne. Bien avant l’avènement de la *Charte*, notre Cour a indiqué, dans *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100 (le juge en chef Duff), que la Constitution canadienne comportait le droit implicite de s’exprimer librement sur des questions politiques. Ce principe, confirmé par des arrêts tels *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, et *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, a résisté à l’épreuve du temps.

[43] En 1982, la *Charte* a confirmé et élargi la protection conférée à la liberté d’expression, à l’al. 2b), en l’étendant expressément à la presse : « [c]hacun a [la] [. . .] liberté de pensée, de croyance, d’opinion et d’expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ».

[44] Vu le statut de règle constitutionnelle conféré à la liberté d’expression par la *Charte*, il s’agit d’une norme à laquelle doivent se conformer toutes les règles de droit canadiennes. Même si la common law n’est pas directement sujette à un examen au regard de la *Charte* dans le cadre de litiges opposant des parties privées, des modifications peuvent y être apportées pour la rendre conforme à la *Charte*. Comme l’a déclaré le juge Cory dans *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 97, « [f]ormulées en termes généraux, les valeurs de la *Charte* devraient être pondérées en regard des principes qui inspirent la common law. Les valeurs de la *Charte* offriront alors des lignes directrices quant à toute modification de la common law que la cour estime nécessaire. »

[45] The argument that the *Charter* requires modification of Canadian defamation law was considered in *Hill*. Writing for a unanimous Court on this point, Cory J. declined to adopt the American “actual malice” rule from *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), which provides immunity for defamation of public officials except where malice is shown. Cory J. did, however, undertake a modest expansion of the recognized qualified privilege for reports on judicial proceedings.

[46] While *Hill* stands for a rejection of the *Sullivan* approach and an affirmation of the common law of defamation’s general conformity with the *Charter*, it does not close the door to further changes in specific rules and doctrines. As Iacobucci J. observed in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670, “[j]udges can and should adapt the common law to reflect the changing social, moral and economic fabric of the country.” It is implicit in this duty that the courts will, from time to time, take a fresh look at the common law and re-evaluate its consistency with evolving societal expectations through the lens of *Charter* values.

[47] The guarantee of free expression in s. 2(b) of the *Charter* has three core rationales, or purposes: (1) democratic discourse; (2) truth-finding; and (3) self-fulfillment: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 976. These purposes inform the content of s. 2(b) and assist in determining what limits on free expression can be justified under s. 1.

[48] First and foremost, free expression is essential to the proper functioning of democratic governance. As Rand J. put it, “government by the free public opinion of an open society . . . demands the

[45] Dans *Hill*, la Cour s’est penchée sur l’argument voulant que, vu l’existence de la *Charte*, il y ait lieu de modifier le droit canadien en matière de diffamation. Exprimant l’opinion unanime de la Cour sur ce point, le juge Cory a refusé d’adopter la norme de la « malveillance véritable » formulée dans la décision américaine *New York Times Co. c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) qui reconnaît l’existence d’une immunité à l’égard des propos diffamatoires visant des titulaires d’une charge publique, à moins que la malveillance ne soit établie. Le juge Cory a cependant élargi quelque peu le principe reconnu de l’immunité relative à l’égard des comptes rendus de procédures judiciaires.

[46] Bien que l’arrêt *Hill* ait écarté la solution retenue dans *Sullivan* et confirmé la conformité générale avec la *Charte* des règles de common law relatives à la diffamation, il n’a pas pour autant fermé la porte à tout changement visant des règles ou des principes particuliers. Comme l’a signalé le juge Iacobucci dans *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670, « [L]es juges peuvent et doivent adapter la common law aux changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays. » Cette obligation suppose que les tribunaux poseront à l’occasion un regard neuf sur la common law et réévalueront sa compatibilité avec les attentes sociales en mutation, à la lumière des valeurs affirmées dans la *Charte*.

[47] Les raisons d’être fondamentales ou objectifs de la garantie relative à la liberté d’expression prévue à l’al. 2b) de la *Charte* sont triples : (1) le débat démocratique, (2) la recherche de la vérité et (3) l’épanouissement personnel : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 976; elles en déterminent le contenu et aident à définir les limites à la liberté d’expression qui peuvent se justifier au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’article premier.

[48] Premièrement et avant tout, la liberté d’expression est essentielle à la saine gouvernance en démocratie. Comme le juge Rand l’a affirmé, [TRADUCTION] « un gouvernement, par le libre jeu

condition of a virtually unobstructed access to and diffusion of ideas”: *Switzman*, at p. 306.

[49] Second, the free exchange of ideas is an “essential precondition of the search for truth”: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 803, *per* McLachlin J. This rationale, sometimes known as the “marketplace of ideas”, extends beyond the political domain to any area of debate where truth is sought through the exchange of information and ideas. Information is disseminated and propositions debated. In the course of debate, misconceptions and errors are exposed. What withstands testing emerges as truth.

[50] Third, free expression has intrinsic value as an aspect of self-realization for both speakers and listeners. As the majority observed in *Irwin Toy*, at p. 976, “the diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in an essentially tolerant, indeed welcoming, environment not only for the sake of those who convey a meaning, but also for the sake of those to whom it is conveyed”.

[51] Of the three rationales for the constitutional protection of free expression, only the third, self-fulfillment, is of dubious relevance to defamatory communications on matters of public interest. This is because the plaintiff’s interest in reputation may be just as worthy of protection as the defendant’s interest in self-realization through unfettered expression. We are not talking here about a direct *prohibition* of expression by the state, in which the self-fulfillment potential of even malicious and deceptive expression can be relevant (*R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731), but rather a means by which individuals can hold one another civilly accountable for what they say. *Charter* principles do not provide a licence to damage another person’s reputation simply to fulfill one’s atavistic desire to express oneself.

de l’opinion publique dans une société libre, [. . .] exige comme conditions un accès à peu près libre aux idées et leur diffusion sans entraves » : *Switzman*, p. 306.

[49] Deuxièmement, la libre circulation des idées est « un préalable essentiel de la recherche de la vérité » : *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 803, la juge McLachlin. Cette raison d’être, quelquefois appelée le « marché des idées », dépasse la sphère politique pour englober tout débat axé sur la recherche de la vérité par l’échange d’information et d’idées. De l’information est propagée et des propositions sont débattues. Dans le cadre du débat, des idées fausses et des erreurs sont exposées. Ce qui subsiste au terme de cette épreuve a valeur de vérité.

[50] Troisièmement, la liberté d’expression est intrinsèquement précieuse en tant que facteur d’épanouissement personnel tant de ceux qui s’expriment que des membres de leur auditoire. Comme la majorité de notre Cour l’a fait remarquer dans *Irwin Toy*, p. 976, « la diversité des formes d’enrichissement et d’épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l’égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l’égard de ceux à qui il est destiné ».

[51] Des trois raisons d’être de la protection constitutionnelle de la liberté d’expression, seule la troisième, l’épanouissement personnel, a plus ou moins de pertinence en matière de communication diffamatoire concernant une question d’intérêt public. Cela tient à ce que la réputation du demandeur peut mériter d’être protégée tout autant que l’épanouissement personnel passant par l’expression exempte d’entraves. Il n’est pas question ici d’une *interdiction* de s’exprimer décrétée par l’État, où même l’épanouissement personnel par l’expression malveillante ou trompeuse peut entrer en ligne de compte (*R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731), mais d’un moyen par lequel une personne peut en rechercher une autre en responsabilité civile en raison des propos que cette dernière a tenus. Les principes de la *Charte* n’autorisent personne à ternir la réputation d’autrui pour le simple assouvissement du désir atavique de s’exprimer.

[52] By contrast, the first two rationales for free expression squarely apply to communications on matters of public interest, even those which contain false imputations. The first rationale, the proper functioning of democratic governance, has profound resonance in this context. As held in *WIC Radio*, freewheeling debate on matters of public interest is to be encouraged, and must not be thwarted by “overly solicitous regard for personal reputation” (para. 2). Productive debate is dependent on the free flow of information. The vital role of the communications media in providing a vehicle for such debate is explicitly recognized in the text of s. 2(b) itself: “freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication”.

[53] Freedom does not negate responsibility. It is vital that the media act responsibly in reporting facts on matters of public concern, holding themselves to the highest journalistic standards. But to insist on court-established certainty in reporting on matters of public interest may have the effect of preventing communication of facts which a reasonable person would accept as reliable and which are relevant and important to public debate. The existing common law rules mean, in effect, that the publisher must be certain before publication that it can prove the statement to be true in a court of law, should a suit be filed. Verification of the facts and reliability of the sources may lead a publisher to a reasonable certainty of their truth, but that is different from knowing that one will be able to prove their truth in a court of law, perhaps years later. This, in turn, may have a chilling effect on what is published. Information that is reliable and in the public’s interest to know may never see the light of day.

[54] The second rationale — getting at the truth — is also engaged by the debate before us. Fear of being sued for libel may prevent the publication of information about matters of public

[52] Les deux premières raisons d’être de la protection de la liberté d’expression, en revanche, sont tout à fait pertinentes en matière de communication concernant des questions d’intérêt public, même si la communication est entachée de fausses imputations. La première, la saine gouvernance en démocratie, a une profonde résonance dans ce contexte. Comme la Cour l’a indiqué dans *WIC Radio*, il y a lieu d’encourager un débat ouvert sur les questions d’intérêt public, et il ne faut pas « vouer à la réputation personnelle une déférence exagérée » propre à le freiner (par. 2). Or, la libre circulation de l’information est nécessaire à un débat productif, et le libellé de l’al. 2b) lui-même reconnaît l’importance cruciale des médias pour la tenue d’un tel débat : « liberté de pensée, de croyance, d’opinion et d’expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ».

[53] La liberté n’évacue pas la responsabilité. Il est capital que les médias se conduisent de façon responsable lorsqu’ils couvrent des faits concernant des questions d’intérêt public et qu’ils se conforment aux normes les plus exigeantes du journalisme. Toutefois, exiger que la couverture des questions d’intérêt public atteigne à une certitude judiciaire peut aboutir à empêcher la communication de faits qu’une personne raisonnable tiendrait pour fiables et qui sont pertinents et importants pour le débat public. Dans leur état actuel, les règles de common law font en sorte qu’une information ne peut être communiquée que si le diffuseur est certain de pouvoir en prouver la véracité devant le tribunal en cas de poursuite. Le diffuseur qui vérifie les faits et la fiabilité des sources peut parvenir à une certitude raisonnable quant à leur véracité, sans pour autant être assuré de pouvoir, peut-être des années plus tard, établir cette véracité en cour. Cette situation peut avoir un effet paralysant sur ce qui sera communiqué, et il est possible que des renseignements fiables et d’intérêt public ne soient ainsi jamais révélés.

[54] La question dont nous sommes saisis intéresse aussi la deuxième raison d’être de la garantie relative à la liberté d’expression : la recherche de la vérité. La crainte des poursuites en diffamation

interest. The public may never learn the full truth on the matter at hand.

[55] Against this, it is argued that false statements cannot advance the purposes of s. 2(b). This contention, however, is belied by the fact the existing defence of privilege concedes: sometimes the public interest requires that untrue statements should be granted immunity, because of the importance of robust debate on matters of public interest (e.g. Parliamentary privilege), or the importance of discussion and disclosure as a means of getting at the truth (e.g. police reports, employment recommendations).

[56] The argument also overlooks the fact that the *Charter's* s. 2(b) protection is not confined to statements that a person can ultimately prove are true. As Professor Boivin puts it:

Those who argue that false and defamatory publications have a weak claim to *Charter* protection omit to mention that it is only at trial, usually several years after publication, that a trier of fact determines whether a defence of justification is well founded. Moreover, it is only then that the defamatory nature of the publication is assessed. Surely freedom of expression encompasses more than statements which, after the fact, are either proven factually accurate or do not injure someone's reputation. [Emphasis added.]

(D. W. Boivin, "Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation" (1997), 22 *Queen's L.J.* 229, at p. 270)

[57] I conclude that media reporting on matters of public interest engages the first and second rationales of the freedom of expression guarantee in the *Charter*. The statement in *Hill* (at para. 106) that "defamatory statements are very tenuously related to the core values which underlie s. 2(b)" must be read in the context of that case. It is simply beyond debate that the limited defences available to press-related defendants may have the effect of inhibiting political discourse and debate on matters of public

peut empêcher la diffusion d'information concernant des questions d'intérêt public. Il se peut donc que le public ne sache jamais toute la vérité sur une question donnée.

[55] D'aucuns opposent que la fausseté ne saurait servir les fins de l'al. 2b). La défense d'immunité existante réfute toutefois cet argument puisqu'elle reconnaît que l'intérêt public exige parfois d'accorder une immunité à l'égard d'énoncés faux, en raison de l'importance de tenir des débats vigoureux sur les questions d'intérêt public (p. ex. l'immunité parlementaire) ou de l'importance de la discussion et de la divulgation en tant que moyens de parvenir à la vérité (p. ex. les rapports de police, les recommandations d'emploi).

[56] Cet argument fait également fi du fait que la protection conférée par l'al. 2b) de la *Charte* ne vise pas exclusivement les énoncés dont la véracité peut, à terme, être démontrée. Comme l'explique le professeur Boivin :

[TRADUCTION] Les tenants de l'opinion voulant que la protection conférée par la *Charte* aux publications fausses et diffamatoires est difficilement justifiable omettent de dire que ce n'est qu'au procès, habituellement plusieurs années après la diffusion, qu'un juge des faits statue sur le bien-fondé de la défense de justification. Qui plus est, ce n'est qu'à ce moment que la nature diffamatoire de l'énoncé est examinée. La liberté d'expression englobe assurément plus que les déclarations dont l'exactitude factuelle est démontrée plus tard ou qui ne portent atteinte à la réputation de personne. [Je souligne.]

(D. W. Boivin, « Accommodating Freedom of Expression and Reputation in the Common Law of Defamation » (1997), 22 *Queen's L.J.* 229, p. 270)

[57] Je conclus que la couverture de questions d'intérêt public par les médias relève des deux premières raisons d'être de la liberté d'expression garantie par la *Charte*. L'affirmation selon laquelle « les déclarations diffamatoires ont un lien très tenu avec les valeurs profondes qui sous-tendent l'al. 2b) » faite au par. 106 de l'arrêt *Hill* doit être replacée dans le contexte de cette affaire. Il ne fait pas l'ombre d'un doute que les moyens de défense limités dont dispose la presse peuvent entraver le

importance, and impeding the cut and thrust of discussion necessary to discovery of the truth.

[58] This brings me to the competing value: protection of reputation. Canadian law recognizes that the right to free expression does not confer a licence to ruin reputations. In assessing the constitutionality of the *Criminal Code's* defamatory libel provisions, for example, the Court has affirmed that “[t]he protection of an individual’s reputation from wilful and false attack recognizes both the innate dignity of the individual and the integral link between reputation and the fruitful participation of an individual in Canadian society”: *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, at para. 48, *per* Cory J. This applies both to private citizens and to people in public life. People who enter public life cannot reasonably expect to be immune from criticism, some of it harsh and undeserved. But nor does participation in public life amount to open season on reputation.

[59] Related to the protection of reputation is a concern for personal privacy. This Court has recognized that protection of personal privacy is “intimately related” to the protection of reputation: *Hill*, at para. 121. While in other contexts privacy protection has been recognized as “essential for the well-being of the individual” (*R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427, *per* La Forest J.) and “an essential component of what it means to be ‘free’” (*R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 113, *per* L’Heureux-Dubé J.), it does not figure prominently in defamation jurisprudence. One reason for this is that defamation law is concerned with providing recourse against *false* injurious statements, while the protection of privacy typically focusses on keeping *true* information from the public gaze. Legislation in several provinces provides a separate cause of action for the violation of privacy: see *Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 373, s. 1(1); *The Privacy Act*, R.S.S. 1978, c. P-24, s. 2; *The Privacy Act*, R.S.M. 1987, c. P125, s. 2(1); *Privacy Act*, R.S.N.L. 1990, c. P-22, s. 3. This said, protection

discours et le débat politiques sur des questions importantes pour le public et empêcher les attaques et ripostes inhérentes aux discussions nécessaires à la découverte de la vérité.

[58] Cela m’amène à la valeur opposée : la protection de la réputation. Le droit canadien reconnaît que la liberté d’expression n’autorise pas à ternir les réputations. Examinant, par exemple, la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* relatives au libelle diffamatoire, la Cour a affirmé que « [l]a protection de la réputation d’une personne contre les attaques mensongères délibérées reconnaît à la fois la dignité innée de la personne et le rapport intégral qui existe entre la réputation d’une personne et sa participation utile à la société canadienne » : *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 48, le juge Cory. Cette affirmation s’applique tant aux citoyens privés qu’aux personnalités publiques. Ceux qui entrent dans la sphère publique ne peuvent raisonnablement s’attendre à échapper aux critiques, dont certaines pourront être acerbes ou imméritées. La participation à la vie publique ne signifie pas pour autant que la chasse à la réputation est ouverte.

[59] Autre sujet de préoccupation, lié à la protection de la réputation : la vie privée. La Cour a reconnu que la protection de la vie privée est « étroitement liée » à la protection de la réputation : *Hill*, par. 121. Bien qu’il ait été reconnu, dans d’autres contextes, que la protection de la vie privée « est essentielle [au] bien-être [de la personne] » (*R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427, le juge La Forest) et constitue « un élément essentiel de ce que signifie être “libre” » (*R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 113, le juge L’Heureux-Dubé), elle n’occupe pas une place prédominante dans la jurisprudence relative à la diffamation. Il en est notamment ainsi parce que le droit en cette matière vise à offrir des recours contre les énoncés diffamatoires *erronés* tandis que la protection de la vie privée vise généralement à soustraire des renseignements *exacts* aux regards du public. La législation de plusieurs provinces prévoit une cause d’action distincte en cas de violation du droit à la vie privée : voir, *Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 373, par. 1(1); *The Privacy Act*, R.S.S. 1978, ch. P-24, art. 2; *Loi sur la*

of privacy may be a factor complementing the protection of reputation in the development of defamation law (see paras. 102 and 111 below).

[60] The Grant appellants argue that a defence based on the conduct of the defendant devalues the plaintiff's ability to vindicate reputation. A plaintiff's concern, it is said, is with the falsity of the libel, not the responsibility of the journalistic practices that led to its publication. To the extent that a revised defence shifts the focus of the litigation from the truth or falsity of the defamatory statements to the diligence of the defendant in verifying them, the plaintiff's very reason for bringing the suit is obscured.

[61] The answer to this argument lies in the fact that a balanced approach to libel law properly reflects both the interests of the plaintiff and the defendant. The law must take due account of the damage to the plaintiff's reputation. But this does not preclude consideration of whether the defendant acted responsibly, nor of the social value to a free society of debate on matters of public interest. I agree with Sharpe J.A. that the partial shift of focus involved in considering the responsibility of the publisher's conduct is an "acceptable price to pay for free and open discussion" (*Quan*, at para. 142).

[62] The protection offered by a new defence based on conduct is meaningful for both the publisher and those whose reputations are at stake. If the publisher fails to take appropriate steps having regard to all the circumstances, it will be liable. The press and others engaged in public communication on matters of public interest, like bloggers, must act carefully, having regard to the injury to reputation that a false statement can cause. A defence based on responsible conduct reflects the social concern that the media should be held accountable through the law of defamation. As Kirby P. stated in *Ballina*

protection de la vie privée, L.R.M. 1987, ch. P125, par. 2(1); *Privacy Act*, R.S.N.L. 1990, ch. P-22, art. 3. Cela étant dit, la protection de la vie privée peut servir de complément à la protection de la réputation pour l'élaboration du droit en matière de diffamation (voir par. 102 et 111 des présents motifs).

[60] Les appelants Grant soutiennent qu'un moyen de défense reposant sur la conduite du défendeur affaiblit la capacité du demandeur de laver sa réputation. Ce qui est en cause, du point de vue d'un demandeur, c'est la fausseté du libelle, non le caractère responsable des pratiques journalistiques ayant mené à sa diffusion. Un moyen de défense modifié qui donnerait davantage de poids à la diligence mise par le défendeur à vérifier les faits au détriment de l'examen de la véracité ou de la fausseté des énoncés diffamatoires obscurcirait la raison d'être même de l'action en diffamation.

[61] La réponse à cet argument réside dans le fait qu'une approche mesurée du droit relatif à la diffamation rend correctement compte tant des intérêts du demandeur que de ceux du défendeur. Le droit doit tenir compte du préjudice causé à la réputation du demandeur. Cela n'empêche toutefois pas l'examen du caractère responsable des actes du défendeur ni la prise en considération de la valeur sociale du débat sur des questions d'intérêt public pour une société libre. Je conviens avec le juge Sharpe que le changement d'orientation partiel que suppose l'examen du caractère responsable de la conduite du diffuseur est « un prix acceptable à payer en retour d'une discussion libre et ouverte » (*Quan*, par. 142).

[62] La protection offerte par un moyen de défense élargi reposant sur la conduite du défendeur est digne d'intérêt tant pour les diffuseurs que pour ceux dont la réputation est en jeu. Si le diffuseur ne prend pas les mesures qui s'imposent compte tenu de l'ensemble des circonstances, il engagera sa responsabilité. Étant donné les atteintes à la réputation qu'une fausse déclaration peut causer, la presse et ceux qui œuvrent dans la communication sur des questions d'intérêt public, comme les blogueurs, doivent faire preuve de prudence. Un moyen de défense fondé sur la conduite

Shire Council v. Ringland (1994), 33 N.S.W.L.R. 680 (C.A.), at p. 700: “The law of defamation is one of the comparatively few checks upon [the media’s] great power.” The requirement that the publisher of defamatory material act responsibly provides accountability and comports with the reasonable expectations of those whose conduct brings them within the sphere of public interest. People in public life are entitled to expect that the media and other reporters will act responsibly in protecting them from false accusations and innuendo. They are not, however, entitled to demand perfection and the inevitable silencing of critical comment that a standard of perfection would impose.

[63] It is also argued that a defence based on the conduct of the defendant may lead to costly and lengthy litigation over questions of journalistic practice about which claimants can have no advance knowledge: see A. T. Kenyon, “*Lange* and *Reynolds* Qualified Privilege: Australian and English Defamation Law and Practice” (2004), 28 *Melb. U.L. Rev.* 406, at p. 425. Of the relevant factors (see discussion of *Reynolds* below, at paras. 69-71) only the opportunity to respond to the allegation prior to publication is likely to lie within the plaintiff’s knowledge, making it hard for a potential plaintiff to judge the strength of her case, it is said.

[64] Again, the objection goes not so much to principle as to the particular test and procedures adopted. Whatever defence is accepted, it must be workable and fair to both plaintiff and defendant, as discussed in greater detail below. Procedural objections, however, do not negate the conclusion that the traditional test fails to protect reliable statements that are connected to the democratic discourse and truth-finding rationales for freedom of expression.

responsable est le reflet de la préoccupation sociale voulant que les médias devraient être tenus responsables grâce au droit en matière de diffamation. Comme l’a affirmé le président Kirby dans *Ballina Shire Council c. Ringland* (1994), 33 N.S.W.L.R. 680 (C.A.), [TRADUCTION] « [l]e droit en matière de diffamation est une des relativement rares mesures de contrôle du pouvoir considérable dont jouissent [les médias] » (p. 700). Exiger du diffuseur de propos diffamatoires qu’il agisse de façon responsable concorde avec les attentes raisonnables de ceux qui, par leurs actes, entrent dans la sphère de l’intérêt public et le responsabilise. En effet, les personnages publics ont le droit de s’attendre à ce que les médias et les autres diffuseurs agissent de façon responsable en les protégeant contre les fausses accusations et insinuations. En revanche, ils ne peuvent exiger ni la perfection ni la réduction au silence des commentaires critiques qui découlerait inévitablement de l’application d’une norme de perfection.

[63] On a aussi fait valoir qu’un moyen de défense fondé sur la conduite du défendeur peut mener à des litiges longs et coûteux sur des questions de pratique journalistique dont les demandeurs ne peuvent avoir aucune connaissance préalable : voir A. T. Kenyon, « *Lange* and *Reynolds* Qualified Privilege : Australian and English Defamation Law and Practice » (2004), 28 *Melb. U.L. Rev.* 406, p. 425. Le seul des facteurs applicables (voir l’analyse de la décision *Reynolds*, ci-après, aux par. 69-71) dont le demandeur est susceptible d’avoir connaissance est celui de la possibilité qui lui a ou non été offerte de répondre aux allégations avant leur diffusion, de sorte qu’il peut être difficile pour un demandeur potentiel d’évaluer la solidité de sa cause.

[64] Encore une fois, cette objection concerne moins les principes que les critères et la procédure retenus. Comme nous le verrons plus en détail ultérieurement, quel que soit le moyen de défense accepté, il doit être fonctionnel et équitable tant pour le demandeur que pour le défendeur. Les objections procédurales, toutefois, ne réfutent pas la conclusion que le test classique ne protège pas les énoncés fiables liés au débat démocratique et la recherche de la vérité, éléments fondateurs de la liberté d’expression.

[65] Having considered the arguments on both sides of the debate from the perspective of principle, I conclude that the current law with respect to statements that are reliable and important to public debate does not give adequate weight to the constitutional value of free expression. While the law must protect reputation, the level of protection currently accorded by the law — in effect a regime of strict liability — is not justifiable. The law of defamation currently accords no protection for statements on matters of public interest published to the world at large if they cannot, for whatever reason, be proven to be true. But such communications advance both free expression rationales mentioned above — democratic discourse and truth-finding — and therefore require some protection within the law of defamation. When proper weight is given to the constitutional value of free expression on matters of public interest, the balance tips in favour of broadening the defences available to those who communicate facts it is in the public's interest to know.

(b) *The Argument on the Jurisprudence*

[66] A consideration of the jurisprudence of other common law democracies favours replacing the current Canadian law governing redress for defamatory statements of fact on matters of public interest, with a rule that gives greater scope to freedom of expression while offering adequate protection of reputation. Different countries canvassed have taken different approaches. Most, however, give more weight to the value of freedom of expression and robust public debate than does the traditional Canadian approach.

[67] In *Sullivan*, the United States Supreme Court applied the First Amendment's free speech guarantee to hold that a "public official" cannot recover in defamation absent proof that the defendant was motivated by "actual malice", meaning knowledge

[65] Ayant examiné les arguments fondés sur des considérations de principe invoqués de part et d'autre, je conclus que les règles de droit actuelles en ce qui a trait aux énoncés fiables et importants pour le débat public n'accordent pas un poids suffisant à la valeur constitutionnelle de la liberté d'expression. Bien que la réputation doive recevoir une protection juridique, celle dont elle jouit actuellement — qui constitue en fait un régime de responsabilité stricte — n'est pas justifiable. Le droit en matière de diffamation n'accorde actuellement aucune protection aux énoncés portant sur des questions d'intérêt public publiés sans destinataire précis s'il est impossible, pour une raison ou pour une autre, d'en prouver la véracité. Or, ce type d'énoncés favorisent les deux raisons d'être de la liberté d'expression dont il a été question précédemment — le débat démocratique et la recherche de la vérité — et il est donc nécessaire que le droit en matière de diffamation leur accorde une certaine protection. L'attribution du poids qui lui revient à la valeur constitutionnelle de la liberté d'expression relativement à des questions d'intérêt public fait pencher la balance pour l'élargissement de la gamme des moyens de défense dont disposent ceux qui communiquent des faits que le public a intérêt à connaître.

(b) *Les arguments tirés de la jurisprudence*

[66] L'examen de la jurisprudence d'autres pays démocratiques de common law favorise le remplacement des règles appliquées actuellement au Canada en matière de réparation pour énoncés de faits diffamatoires concernant des questions d'intérêt public par une règle qui donne plus de portée à la liberté d'expression tout en protégeant adéquatement la réputation. Les approches varient selon les pays dont la jurisprudence a été examinée, mais la plupart d'entre elles accordent plus de poids à la liberté d'expression et à la vigueur du débat public que ne le fait l'approche canadienne classique.

[67] Dans *Sullivan*, la Cour suprême des États-Unis a donné effet à la liberté d'expression garantie par le Premier amendement et statué qu'un [TRADUCTION] « titulaire d'une charge publique » ne peut obtenir de dommages-intérêts pour

of falsity or reckless indifference to truth. In subsequent cases, the “actual malice” rule was extended to apply to all “public figures”, not only people formally involved in government or politics: *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967). *Sullivan* and its progeny have made it extremely difficult for anyone in the public eye to sue successfully for defamation. In the contest between free expression and reputation protection, free expression decisively won the day.

[68] Commonwealth courts have rejected the precise balance struck in *Sullivan* between free expression and protection of reputation. However, the law has begun to shift in favour of broader defences for press defendants, most prominently in England, but also in Australia (*Lange v. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 145 A.L.R. 96 (H.C.)), New Zealand (*Lange v. Atkinson*, [1998] 3 N.Z.L.R. 424 (C.A.) (“*Lange v. Atkinson No. 1*”)); *Lange v. Atkinson*, [2000] 1 N.Z.L.R. 257 (P.C.) (“*Lange v. Atkinson No. 2*”); *Lange v. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385 (C.A.) (“*Lange v. Atkinson No. 3*”)), and South Africa (*Du Plessis v. De Klerk*, 1996 (3) SA 850 (CC); *National Media Ltd. v. Bogoshi*, 1998 (4) SA 1196 (SCA)).

(i) United Kingdom

[69] *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609, marked a decisive departure from the traditional pro-reputation orientation of defamation law in England. The case involved allegations of improper dealing by an Irish politician. The House of Lords, for the first time, recognized that “freedom to disseminate and receive information on political matters is essential to the proper functioning of the system of parliamentary democracy”, (p. 621) and that the news media plays a vital role in furthering that interest. It followed that the law of defamation should provide greater protection to

diffamation sans la preuve que le défendeur était animé d’une [TRADUCTION] « malveillance véritable », c’est-à-dire qu’il avait connaissance de la fausseté ou qu’il manifestait une insouciance téméraire à l’égard de la vérité. Dans des arrêts subséquents, la règle de la « malveillance véritable » a été élargie et appliquée à tous les personnages publics et non aux seuls membres du gouvernement ou politiciens : *Curtis Publishing Co. c. Butts*, 388 U.S. 130 (1967). Depuis l’arrêt *Sullivan* et ceux qui l’ont suivi, les poursuites en diffamation intentées par des personnes en vue sont très rarement accueillies. La liberté d’expression a ainsi remporté une victoire décisive dans la lutte qui l’oppose à la protection de la réputation.

[68] Les tribunaux du Commonwealth ont rejeté l’équilibre précis entre la liberté d’expression et la protection de la réputation établi dans *Sullivan*. Toutefois, le droit a commencé à favoriser l’élargissement de la gamme des moyens de défense dont disposent les médias. Le phénomène est plus perceptible en Angleterre, mais il s’observe aussi en Australie (*Lange c. Australian Broadcasting Corp.* (1997), 145 A.L.R. 96 (H.C.)), en Nouvelle-Zélande (*Lange c. Atkinson*, [1998] 3 N.Z.L.R. 424 (C.A.) (« *Lange c. Atkinson n° 1* »); *Lange c. Atkinson*, [2000] 1 N.Z.L.R. 257 (C.P.) (« *Lange c. Atkinson n° 2* »); *Lange c. Atkinson*, [2000] 3 N.Z.L.R. 385 (C.A.) (« *Lange c. Atkinson n° 3* »)), et en Afrique du Sud (*Du Plessis c. De Klerk*, 1996 (3) SA 850 (CC); *National Media Ltd. c. Bogoshi*, 1998 (4) SA 1196 (CSA)).

(i) Le Royaume-Uni

[69] L’arrêt *Reynolds c. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609, a marqué une rupture décisive du droit anglais relatif à la diffamation avec l’orientation traditionnelle, favorable à la réputation. Dans cette affaire portant sur des allégations de malversation reprochée à un politicien irlandais, la Chambre des lords a reconnu pour la première fois que [TRADUCTION] « la liberté de diffuser et de recevoir de l’information sur des questions politiques est essentielle au bon fonctionnement de la démocratie parlementaire » (p. 621) et que les médias jouent un rôle crucial dans la poursuite

publications made on matters of public interest. A new standard was pronounced — responsible journalism. Effectively, the House of Lords recognized a compelling duty on the press to publish such reports and a corresponding interest on the part of the public in receiving them.

[70] In order to determine whether a publication should be covered by responsible journalism, Lord Nicholls provided a list of considerations which have come to be known as the “*Reynolds* factors” (at p. 626):

(1) The seriousness of the allegation. The more serious the charge, the more the public is misinformed and the individual harmed, if the allegation is not true. (2) The nature of the information, and the extent to which the subject matter is a matter of public concern. (3) The source of the information. Some informants have no direct knowledge of the events. Some have their own axes to grind, or are being paid for their stories. (4) The steps taken to verify the information. (5) The status of the information. The allegation may have already been the subject of an investigation which commands respect. (6) The urgency of the matter. News is often a perishable commodity. (7) Whether comment was sought from the plaintiff. He may have information others do not possess or have not disclosed. An approach to the plaintiff will not always be necessary. (8) Whether the article contained the gist of the plaintiff’s side of the story. (9) The tone of the article. A newspaper can raise queries or call for an investigation. It need not adopt allegations as statements of fact. (10) The circumstances of the publication, including the timing.

Lord Nicholls made clear that the ultimate determination of responsibility would be a legal question for the judge, though he allowed that any dispute of “primary fact” would be decided by the jury (p. 626).

[71] *Reynolds* was quickly recognized as a “media-friendly” development. In practical terms, however, *Reynolds* only partially succeeded in changing the landscape. The ten *Reynolds* factors

de cet intérêt. La Chambre des lords a conclu en conséquence que les règles de droit applicables à la diffamation devaient protéger davantage les communications concernant des questions d’intérêt public et elle a formulé une nouvelle norme, celle du journalisme responsable. En fait, la Chambre des lords a reconnu l’existence d’un devoir impérieux qui incombe à la presse de publier de telles communications et d’un intérêt correspondant du public à recevoir l’information.

[70] Lord Nicholls a dressé une liste de points à prendre en compte pour déterminer si le journalisme responsable est applicable à la diffusion. Ces points ont par la suite été désignés sous le nom de « facteurs *Reynolds* » (p. 626) :

[TRADUCTION] (1) La gravité de l’allégation. Plus grave est l’accusation, plus le public est trompé et plus grand est le préjudice de la personne, si l’allégation est fausse. (2) La nature de l’information et la mesure dans laquelle le contenu est une affaire d’intérêt public. (3) La source de l’information. Certains informateurs n’ont pas une connaissance directe des événements. Certains travaillent pour leur intérêt personnel ou sont payés pour raconter l’affaire. (4) Les étapes à suivre pour vérifier l’information. (5) Le statut de l’information. L’allégation a déjà pu faire l’objet d’une enquête qui impose le respect. (6) L’urgence de l’affaire. Les nouvelles sont souvent des produits périssables. (7) Si l’on s’est renseigné auprès du requérant. Il peut disposer d’information que d’autres ne possèdent pas ou n’ont pas divulguées. Il n’est pas toujours nécessaire de se renseigner auprès du requérant. (8) Si l’article contenait l’essentiel de la version du requérant. (9) Le ton de l’article. Un journal peut soulever des questions ou demander une enquête. Il n’a pas besoin d’adopter les allégations comme des énoncés des faits. (10) Les circonstances de la publication, notamment le moment où elle paraît.

Lord Nicholls a clairement indiqué que, ultimement, l’appréciation du caractère responsable constituait une question juridique relevant du juge, et reconnu malgré tout que les différends relatifs aux [TRADUCTION] « faits principaux » seraient tranchés par le jury (p. 626).

[71] On a rapidement qualifié *Reynolds* de précédent « favorable aux médias ». En pratique toutefois, l’arrêt n’a pas entièrement réussi à changer le paysage. Les dix facteurs *Reynolds* se sont révélés

proved difficult to apply. Some courts saw them as merely an illustrative list of possible considerations, while others viewed them as a complete code for what constitutes responsible journalism. Journalists and publishers, for their part, found it difficult to anticipate what kind of conduct would satisfy the *Reynolds* criteria, applied with the benefit of judicial hindsight. (See, e.g., R. L. Weaver et al., “Defamation Law and Free Speech: *Reynolds v. Times Newspapers* and the English Media” (2004), 37 *Vand. J. Transnat’l L.* 1255, at pp. 1303-7.) As one commentator has observed:

... the *Reynolds* defence virtually never succeeded because the 10 pointers of responsible journalism were treated by the judges as hurdles to be surmounted. The judges applied a dollop of hindsight, finding something which *they*, as a responsible editor or journalist, would have done differently. The *Reynolds* defence spawned satellite litigation where, often for understandable reasons, the underlying facts could not be proved and much time and money had to be spent on analysing how the story was constructed. Anonymous sources tended to be viewed with suspicion and juries were given a complex list of factual issues to decide, sometimes with confusing directions as to the presumption of falsity which served to push them in the direction of disbelieving what the journalists said. [Emphasis in original.]

(D. Hooper, “The Importance of the Jameel Case”, [2007] *Ent. L.R.* 62, at p. 62. See also A. J. Bonnington, “Reynolds Rides Again” (2006), 11 *Comms. L.* 147.)

[72] The House of Lords addressed this uncertainty in *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359. The defendant Wall Street Journal Europe had published an article, shortly after September 11, 2001, revealing that the bank accounts of certain prominent Saudi Arabian businessmen, including the plaintiff, were being monitored for possible terrorist connections by Saudi authorities at the behest of the U.S. government, citing anonymous sources. The tone of the article was neutral and unsensational, and the article bore the indicia of responsible journalism. Nonetheless, the trial judge denied

difficiles à appliquer. Certains tribunaux n’y ont vu qu’une liste d’exemples pouvant être pris en considération, tandis que d’autres les ont perçus comme un code complet définissant le journalisme responsable. Les journalistes et diffuseurs, de leur côté, ont trouvé difficile de prévoir la conduite qui satisferait à la norme *Reynolds*, appliquée *a posteriori* par les tribunaux. (Voir, p. ex., R. L. Weaver et autres, « Defamation Law and Free Speech : *Reynolds v. Times Newspapers* and the English Media » (2004), 37 *Vand. J. Transnat’l L.* 1255, p. 1303-1307.) Comme l’a fait remarquer un commentateur :

[TRADUCTION] ... la défense *Reynolds* n’a presque jamais été reçue parce que les juges ont traité les dix indicateurs du journalisme responsable comme des obstacles à surmonter. Avec le recul dont ils bénéficiaient, ils ont relevé des choses qu’ils auraient faites différemment en tant que diffuseur ou journaliste responsable. La défense *Reynolds* a suscité des litiges satellites où, pour des raisons souvent faciles à comprendre, les faits sous-jacents ne pouvaient être prouvés et où il fallait consacrer beaucoup de temps et d’argent à l’examen de la genèse du reportage. Les sources anonymes ont été considérées avec suspicion, et les jurys se sont vu remettre des listes complexes de questions factuelles à trancher après avoir parfois reçu, concernant la présomption de fausseté, des directives embrouillées qui les poussaient à mettre en doute les dires des journalistes. [En italique dans l’original.]

(D. Hooper, « The Importance of the Jameel Case » [2007] *Ent. L.R.* 62, p. 62. Voir aussi A. J. Bonnington, « Reynolds Rides Again » (2006), 11 *Comms. L.* 147.)

[72] La Chambre des lords a levé cette incertitude dans *Jameel c. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359, affaire qui portait sur un article publié peu après le 11 septembre 2001, par le journal défendeur, le Wall Street Journal Europe. Citant des sources anonymes, l’article révélait que, à la demande du gouvernement des États-Unis, les autorités saoudiennes surveillaient les comptes de banque d’hommes d’affaires saoudiens en vue (dont le demandeur), pour y déceler de possibles liens terroristes. L’article avait un ton mesuré et dénué de sensationnalisme et portait l’empreinte du journalisme responsable.

the defendants access to the *Reynolds* privilege, and the Court of Appeal upheld that denial on the sole ground that the paper had not waited long enough to hear back from the plaintiff before running the story.

[73] The House of Lords reversed the judgment of the Court of Appeal and held that the responsible journalism defence applied. It criticized the lower courts for applying the *Reynolds* factors restrictively as “a series of hurdles to be negotiated by a publisher” (para. 33, *per* Lord Bingham), rather than as an illustrative guide to what might constitute responsible journalism on the facts of a given case. Given that the defence was meant to foster free expression and a free press, its requirements should not be pitched so high as to make its availability all but illusory. The House of Lords also emphasized that the assessment of responsible journalism is not an invitation for courts to micro-manage the editorial practices of media organizations. Rather, a degree of deference should be shown to the editorial judgment of the players, particularly professional editors and journalists. For instance, a court should be slow to conclude that the inclusion of a particular defamatory statement was “unnecessary” and therefore outside the scope of the defence. As Lord Hoffmann put it:

The fact that the judge, with the advantage of leisure and hindsight, might have made a different editorial decision should not destroy the defence. That would make the publication of articles which are, ex hypothesi, in the public interest, too risky and would discourage investigative reporting. [para. 51]

The House of Lords also made clear that the defence is available to “anyone who publishes material of public interest in any medium”, not just journalists or media companies: *Jameel*, at para. 54, *per* Lord Hoffmann; *Seaga v. Harper*, [2008] UKPC 9, [2008] 1 All E.R. 965.

Le juge du procès a néanmoins refusé que les défendeurs se prévalent de l’immunité définie dans *Reynolds*, et la Cour d’appel a confirmé cette décision pour le seul motif que le journal n’avait pas attendu assez longtemps la réponse du demandeur avant de publier l’article.

[73] La Chambre des lords a infirmé le jugement de la Cour d’appel et statué que la défense de journalisme responsable était applicable. Elle a reproché aux tribunaux d’instances inférieures d’avoir appliqué les facteurs *Reynolds* de façon restrictive comme s’il s’agissait d’une [TRADUCTION] « série d’obstacles que le diffuseur devait franchir » (par. 33, lord Bingham) plutôt que d’un guide illustrant ce qui pouvait constituer du journalisme responsable compte tenu de faits donnés. En outre, elle a déclaré que, le moyen de défense visant à protéger la liberté d’expression et la liberté de la presse, il ne fallait pas l’assortir d’exigences rigoureuses au point d’en rendre l’application illusoire. La Chambre des lords a également souligné que les tribunaux ne devaient pas prendre prétexte de l’appréciation du caractère responsable du journalisme pour gérer de façon interventionniste les pratiques éditoriales des médias, mais qu’ils devaient plutôt en déférer au jugement des personnes en cause, en particulier des diffuseurs et des journalistes professionnels. Il faudrait, par exemple, qu’un tribunal fasse preuve de circonspection avant de conclure qu’un énoncé diffamatoire est [TRADUCTION] « inutile » et que, par suite, il n’est pas couvert par le moyen de défense. Comme l’a expliqué lord Hoffmann :

[TRADUCTION] Le fait qu’un juge, avec le temps de réflexion et le recul dont il jouit, puisse faire un choix éditorial différent ne devrait pas rendre la défense irrecevable. Cela ferait en effet de la publication d’articles qui sont, par hypothèse, d’intérêt public une entreprise trop risquée et découragerait le journalisme d’enquête. [par. 51]

La Chambre des lords a aussi clairement établi que [TRADUCTION] « quiconque diffuse du matériel d’intérêt public, quel que soit le média », peut invoquer le moyen de défense, pas seulement les journalistes ou les entreprises médiatiques : *Jameel*, par. 54, lord Hoffmann; *Seaga c. Harper*, [2008] UKPC 9, [2008] 1 All E.R. 965.

[74] *Jameel* has been welcomed as re-affirming the liberalizing tone of *Reynolds* and providing much-needed guidance for its application: see, e.g., K. Beattie, “New Life for the *Reynolds* ‘Public Interest Defence’? *Jameel v Wall Street Journal Europe*”, [2007] *E.H.R.L.R.* 81. But questions remain.

[75] One unresolved issue is whether the new defence is a species of privilege or a distinct defence. If the former, a further issue arises of whether it could be defeated by malice. The judges in *Jameel* discussed these issues but reached no consensus.

[76] Another unresolved issue is the status of so-called “reportage”. “Reportage” refers to defamatory statements clearly attributed to someone other than, and not adopted by, the defendant. On one view, reportage is simply the accurate reporting of facts — the fact of what someone said. Such reportage is essential, the media argue, to comprehensive coverage of public debate. Charges flung back and forth between contending factions in a dispute are themselves, it is argued, an essential part of the story, and will be understood by the public as such. However, the reporting of defamatory statements is barred by the “repetition rule” of defamation law, which holds that someone who repeats a defamatory statement is no less liable than the person who originated it. Recent cases suggest that this rule has been attenuated in the context of actions brought against media outlets, although whether as a distinct defence or as one of the factors to consider in applying the responsible journalism standard remains unclear: *Charman v. Orion Publishing Group Ltd.*, [2007] EWCA Civ 972, [2008] 1 All E.R. 750. I will return to this question below.

(ii) Australia

[77] Despite the absence of a constitutional bill of rights guaranteeing freedom of expression, the

[74] *Jameel* a été reçu comme une réaffirmation de la portée libérale de *Reynolds* apportant un éclairage fort utile quant à son application : voir, p. ex., K. Beattie, « New Life for the *Reynolds* “Public Interest Defence”? *Jameel v Wall Street Journal Europe* », [2007] *E.H.R.L.R.* 81. Il reste néanmoins des questions à trancher.

[75] Parmi elles figure celle de savoir si ce nouveau moyen de défense constitue un type d’immunité — auquel cas il faut ensuite se demander si la malveillance interdit de s’en prévaloir — ou un moyen de défense distinct. Ces questions ont été examinées dans *Jameel*, sans qu’il s’en dégage un consensus.

[76] Le statut de la « relation de propos » fait elle aussi partie des questions non résolues. La « relation de propos » vise des propos diffamatoires clairement attribués à un tiers et que le défendeur n’a pas faits siens. Certains considèrent la relation de propos comme un simple compte rendu exact de faits — soit le fait qu’une personne a tenu certains propos. Les médias font valoir pour leur part que la relation de propos est essentielle à la couverture exhaustive du débat public. Selon eux, les accusations que se lancent des factions opposées constituent en elles-mêmes un aspect essentiel des faits relatés, et le public les prendra pour ce qu’elles sont. Toutefois, la règle du droit de la diffamation dite de la « répétition » — suivant laquelle celui qui répète des propos diffamatoires n’est pas moins responsable que celui qui en est à l’origine — interdit de rapporter les déclarations diffamatoires. Il appert de décisions récentes que cette règle aurait été assouplie à l’égard des médias, mais sans qu’on sache clairement si la relation de propos constitue un moyen de défense distinct ou un des facteurs à prendre en considération dans l’examen de la défense de journalisme responsable : *Charman c. Orion Publishing Group Ltd.*, [2007] EWCA Civ 972, [2008] 1 All E.R. 750. Je me pencherai à nouveau sur cette question ultérieurement.

(ii) Australie

[77] En dépit de l’inexistence, en Australie, d’une charte des droits et libertés constitutionnelle

High Court of Australia has increased the protection afforded to the media on factual reports. In *Lange v. Australian Broadcasting Corp.*, a case involving a former prime minister of New Zealand, the High Court confirmed the existence of a qualified privilege for publications on “government and political matters”, established earlier in *Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), 124 A.L.R. 1. The High Court held that “each member of the Australian community has an interest in disseminating and receiving information, opinions and arguments concerning government and political matters that affect the people of Australia [a category that, while broad, does not extend to all matters of public interest]. The duty to disseminate such information is simply the correlative of the interest in receiving it” (p. 115). *Lange* defined “government and political matters” relatively narrowly to cover matters within the sphere of electoral politics, whether at a local, state, or federal level, adding that “discussion of matters concerning the United Nations or other countries may be protected by the extended defence of qualified privilege” (p. 115).

[78] The burden rests on the defendant to show that publishing the information was reasonable in the circumstances. The defendant’s conduct “will not be reasonable unless the defendant had reasonable grounds for believing that the imputation was true, took proper steps, so far as they were reasonably open, to verify the accuracy of the material and did not believe the imputation to be untrue” (*Lange*, at p. 118). “Reasonableness” may also require the publisher to seek a response from the person being defamed.

[79] In its focus on reasonableness, *Lange* resembles *Reynolds* and *Jameel*. There are indications, however, that *Lange*’s reasonableness requirement has been applied more stringently than the

garantissant la liberté d’expression, la Haute Cour de ce pays a accru la protection accordée aux médias relativement aux comptes rendus factuels. Dans *Lange c. Australian Broadcasting Corp.*, une affaire mettant en cause l’ancien premier ministre de la Nouvelle-Zélande, la Haute Cour a confirmé l’existence d’une immunité relative quant aux publications portant sur les « questions gouvernementales et politiques » établie auparavant par *Theophanous c. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994), 124 A.L.R. 1. La Haute Cour a statué que [TRADUCTION] « chaque membre de la communauté australienne a intérêt à ce que l’information, les opinions et les points de vue concernant les questions gouvernementales et politiques qui affectent les Australiens [une catégorie qui, quoique large, n’englobe pas toutes les questions d’intérêt public] soient diffusés et reçus. Le devoir de diffuser cette information n’est que le corrélatif de l’intérêt à la recevoir » (p. 115). L’arrêt *Lange* a défini les « questions gouvernementales et politiques » relativement étroitement, de façon à ce qu’elles englobent les sujets qui appartiennent à la sphère de la politique électorale, aux échelons tant local, qu’étatique ou fédéral, ajoutant que [TRADUCTION] « les propos relatifs à des questions concernant les Nations Unies ou d’autres pays peuvent être protégés par le moyen de défense élargi d’immunité relative » (p. 115).

[78] Selon ce régime, il incombe au défendeur de démontrer que la diffusion de l’information était raisonnable dans les circonstances. Sa conduite [TRADUCTION] « ne sera pas jugée raisonnable à moins qu’il ait eu des motifs raisonnables de croire que l’allégation était véridique, qu’il ait pris les mesures nécessaires, si tant est qu’elles puissent raisonnablement être prises, pour vérifier l’exactitude de l’information et qu’il n’ait pas cru que les allégations étaient fausses » (*Lange*, p. 118). Pour qu’il soit possible de conclure à la « raisonnabilité », il est possible qu’il faille exiger du diffuseur qu’il ait sollicité le point de vue de la personne diffamée.

[79] Du fait qu’il met l’accent sur la raisonnabilité, l’arrêt *Lange* ressemble aux décisions *Reynolds* et *Jameel*. Il appert toutefois de certains indices que la norme du caractère raisonnable établie dans

responsibility test under its English counterparts: see Kenyon, at p. 432.

(iii) New Zealand

[80] New Zealand's courts have modified the common law defence of qualified privilege in a manner broadly similar to the Australian approach. Coincidentally, the leading New Zealand cases also involved former prime minister David Lange as plaintiff: see *Lange v. Atkinson Nos. 1, 2 and 3*. In *Lange v. Atkinson No. 1*, the Court of Appeal announced a qualified privilege for "generally-published statements which directly concern the functioning of representative and responsible government, including statements about the performance or possible future performance of specific individuals in elected public office" (p. 468), basing their decision largely on New Zealand's democratic traditions and the specific dictates of the *Bill of Rights Act 1990*. Contrary to the Australian position, however, the court imposed no reasonableness requirement on the *prima facie* availability of the defence. Rather, evidence of irresponsibility can be adduced by the plaintiff to show that the privilege has been misused.

[81] In *Lange v. Atkinson No. 3*, on remand from the Privy Council, the Court of Appeal re-affirmed its earlier decision, rejecting *Reynolds* as ill-suited to New Zealand's needs and realities. Among the court's criticisms of *Reynolds* was the view that it devalued the traditionally central role of the jury in libel trials by placing the key determination in the hands of the judge, a concern that also arises in the case at bar. More fundamentally, the court opined that "the *Reynolds* decision appears to alter the structure of the law of qualified privilege in a way which adds to the uncertainty and chilling effect almost inevitably present in this area of law" (para. 38). The Court of Appeal's solution was to reject

Lange a été appliquée plus rigoureusement que le critère de la raisonnablement ne l'a été par les tribunaux anglais : voir Kenyon, p. 432.

(iii) Nouvelle-Zélande

[80] Les tribunaux néo-zélandais ont apporté, au moyen de la défense d'immunité relative reconnu par la common law, des modifications très similaires à celles adoptées par les tribunaux australiens. Par pure coïncidence, les arrêts de principe néo-zélandais concernaient aussi l'ancien premier ministre David Lange, à titre de demandeur : voir *Lange c. Atkinson n^{os} 1, 2 et 3*. Dans *Lange c. Atkinson n^o 1*, la Cour d'appel a annoncé la création d'une immunité relative pour [TRADUCTION] « les déclarations publiées à l'intention du public en général qui portent directement sur le fonctionnement des gouvernements représentatifs et responsables, y compris les déclarations relatives aux réalisations ou possibles réalisations futures d'individus titulaires de charges publiques électives » (p. 468). Cette décision était fondée en grande partie sur les traditions démocratiques de la Nouvelle-Zélande et sur les exigences du *Bill of Rights Act 1990*. Contrairement à la position adoptée par les tribunaux australiens, celle préconisée par la Cour d'appel n'a toutefois pas subordonné le recours au moyen de défense à la preuve de la raisonnablement. Au contraire, elle prévoit que le demandeur peut présenter des éléments de preuve d'irresponsabilité pour démontrer que l'immunité a été utilisée à mauvais escient.

[81] Dans *Lange c. Atkinson n^o 3*, après que la cause lui eût été renvoyée par le Conseil privé, la Cour d'appel a confirmé sa décision antérieure rejetant *Reynolds*, jugeant cette décision mal adaptée aux besoins et aux réalités de la Nouvelle-Zélande. La Cour d'appel a critiqué *Reynolds*, notamment parce qu'elle était d'avis que cette décision dévaluait le rôle central traditionnel du jury dans les procès pour libelle en conférant au juge le pouvoir de trancher le sujet-clé, une question qui se pose également dans le présent pourvoi. Plus fondamentalement, la Cour d'appel a émis l'opinion que [TRADUCTION] « la décision *Reynolds* semble modifier la structure du droit à l'immunité relative

any requirement of reasonableness or diligence in determining the scope of the privilege itself. In the result, the scope of privileged subject matter in New Zealand is narrower than in the United Kingdom, but within that domain New Zealand law may offer stronger protection.

(iv) South Africa

[82] Developments in South Africa have generally paralleled those in the other jurisdictions just discussed, the U.K. most particularly. In *Du Plessis*, the Constitutional Court of South Africa considered and rejected an argument that the common law of defamation should be liberalized and constitutionalized along the lines of *Sullivan*. The court held that s. 15 of the Constitution — the free expression guarantee — did “not mandate any particular rule of common law” (p. 885) because the guarantee does not apply directly to disputes between private litigants. However, echoing the Canadian “*Charter values*” approach, it held that the common law ought to be developed by courts in a manner consistent with constitutional values.

[83] The Supreme Court of Appeal subsequently adopted a responsible journalism defence in *Bogoshi*. Writing for the court, Hefer J.A. held that “the publication in the press of false defamatory allegations of fact will not be regarded as unlawful if, upon a consideration of all the circumstances of the case, it is found to have been reasonable to publish the particular facts in the particular way and at the particular time” (p. 1212). Approving of this approach in the Constitutional Court, Sachs J. recently commented that “[i]n *Bogoshi* the SCA developed in a way that was sensitive to contemporary concerns and realities, a well-weighted

de telle sorte qu’elle ajoute à l’incertitude et à l’effet paralysant presque inévitablement présent dans ce domaine du droit » (par. 38). La Cour d’appel a choisi de rejeter toute exigence de raisonnabilité ou de diligence pour délimiter la portée de l’immunité en tant que telle. Par conséquent, l’étendue des sujets couverts par l’immunité est plus restreinte en Nouvelle-Zélande qu’au Royaume-Uni, mais ceux qui le sont peuvent jouir d’une plus grande protection en Nouvelle-Zélande.

(iv) Afrique du Sud

[82] Le courant jurisprudentiel en Afrique du Sud a suivi, pour l’essentiel, celui des autres juridictions dont je viens de traiter, et plus particulièrement celui du Royaume-Uni. Dans *Du Plessis*, la Cour constitutionnelle de l’Afrique du Sud a examiné, puis rejeté, un argument voulant que les règles de la common law relatives à la diffamation devraient être libéralisées et inscrites dans la Constitution conformément aux principes énoncés dans *Sullivan*. La Cour constitutionnelle a conclu que l’art. 15 de la Constitution — qui garantit la liberté d’expression — [TRADUCTION] « ne commandait pas l’énoncé d’une règle particulière de common law » (p. 885) parce que la garantie qui y figure ne s’applique pas directement aux litiges qui opposent des particuliers. En revanche, faisant écho à l’approche canadienne fondée sur les « valeurs consacrées par la *Charte* », la Cour constitutionnelle a conclu que les tribunaux devaient pouvoir faire évoluer la common law dans le respect des valeurs constitutionnelles.

[83] Ultérieurement, la Cour suprême d’appel a consacré l’existence d’une défense de journalisme responsable dans *Bogoshi*. S’exprimant au nom de la cour, le juge Hefer a conclu que [TRADUCTION] « la publication dans les médias d’allégations de fait diffamatoires erronées ne sera pas jugée illégale si, compte tenu de l’ensemble des circonstances de l’affaire, il est estimé qu’il a été raisonnable de diffuser les faits particuliers en cause, de la manière particulière et au moment particulier choisis pour le faire » (p. 1212). Souscrivant à cette approche pour la Cour constitutionnelle, le juge Sachs a affirmé récemment que [TRADUCTION] « [d]ans *Bogoshi*, la

means of balancing respect for individual personality rights with concern for freedom of the press”: *N.M. v. Smith*, [2007] ZACC 6, 2007 (5) SA 250, at para. 203. See also *Khumalo v. Holomisa*, [2002] ZACC 12, 2002 (5) SA 401; *Mthembi-Mahanyele v. Mail & Guardian Ltd.*, [2004] ZASCA 67, 2004 (6) SA 329.

[84] The effect of *Bogoshi* has been to establish in South African law a reasonableness defence resembling *Reynolds* in most respects, but naturally with its own distinctive features elaborated in the jurisprudence.

(c) *Conclusion*

[85] A number of countries with common law traditions comparable to those of Canada have moved in recent years to modify the law of defamation to provide greater protection for communications on matters of public interest. These developments confront us with a range of possibilities. The traditional common law defence of qualified privilege, which offered no protection in respect of publications to the world at large, situates itself at one end of the spectrum of possible alternatives. At the other end is the American approach of protecting all statements about public figures, unless the plaintiff can show malice. Between these two extremes lies the option of a defence that would allow publishers to escape liability if they can establish that they acted responsibly in attempting to verify the information on a matter of public interest. This middle road is the path chosen by courts in Australia, New Zealand, South Africa and the United Kingdom.

[86] In my view, the third option, buttressed by the argument from *Charter* principles advanced earlier, represents a reasonable and proportionate response to the need to protect reputation while sustaining the public exchange of information that is vital to modern Canadian society.

CSA a élaboré, en se souciant des préoccupations et des réalités contemporaines, une approche bien équilibrée pour mettre en balance le respect des droits individuels d’une part et les préoccupations relatives à la liberté de la presse d’autre part » : *N.M. c. Smith*, [2007] ZACC 6, 2007 (5) SA 250, par. 203. Voir aussi *Khumalo c. Holomisa*, [2002] ZACC 12, 2002 (5) SA 401; *Mthembi-Mahanyele c. Mail & Guardian Ltd.*, [2004] ZASCA 67, 2004 (6) SA 329.

[84] *Bogoshi* a eu pour effet de créer, dans le droit sud africain, une défense de raisonabilité semblable pour l’essentiel à celle établie par *Reynolds*, mais, bien entendu dotée de caractéristiques distinctes élaborées par la jurisprudence.

c) *Conclusion*

[85] Au cours des dernières années, des pays appliquant un régime de common law semblable au nôtre ont modifié les règles relatives à la diffamation applicables chez eux de façon à accorder une plus grande protection aux communications concernant des questions d’intérêt public. Ces initiatives nous placent devant un éventail de possibilités. La défense classique d’immunité relative reconnue par la common law, qui ne confère aucune protection en ce qui a trait aux publications qui n’ont pas de destinataire précis, se situe à une extrémité de l’éventail des possibilités. À l’autre extrémité de l’éventail, on retrouve l’approche américaine qui protège toute déclaration visant un personnage public sauf si le demandeur peut prouver qu’il y a eu malveillance. Entre ces deux extrêmes se situe un moyen de défense qui permettrait aux diffuseurs de s’exonérer en établissant qu’ils ont agi de façon responsable en tentant de vérifier l’information communiquée au sujet d’une question d’intérêt public. Cette voie mitoyenne est celle qu’ont choisie les tribunaux d’Australie, de Nouvelle-Zélande, d’Afrique du Sud et du Royaume-Uni.

[86] À mon avis, cette troisième option, étayée par l’argument fondé sur la *Charte* exposé précédemment, constitue une réponse raisonnable et proportionnelle à la nécessité de protéger les réputations tout en permettant l’échange public d’information fondamental pour la société canadienne moderne.

[87] What remains to be decided is how, consistent with *Charter* values, the new defence should be formulated.

B. *The Elements of the Defence of Responsible Communication*

(1) Preliminary Issues

[88] The first preliminary issue is whether the defence should be considered a new defence or an extension of the traditional defence of qualified privilege.

[89] In *Reynolds*, the House of Lords saw itself as extending the traditional law of qualified privilege in a manner appropriate to the realities of contemporary media and the imperative of free expression. Effectively, the Law Lords decided that the media has a “duty” to report on a matter of public interest and the public has a corresponding “interest” in receiving such a report. Whether the duty and interest had crystallized into a privilege in the particular case depended on whether the defendant had acted responsibly, having regard to Lord Nicholls’ non-exhaustive list of factors.

[90] The introduction of the *Reynolds* factors into the analysis, amounting in effect to a due diligence test, produced an uneasy fit with the traditional model of qualified privilege, which looked only to the occasion on which the communication was made. The conduct of the defendant was only relevant after the privilege had already been established, to show whether it was defeated by malice. By contrast, under *Reynolds*, the defendant’s conduct became the dominant focus of the inquiry.

[91] This led some courts and commentators to argue that *Reynolds* had introduced a substantially new defence into the law of defamation. For instance, in *Loutchansky v. Times Newspapers Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1805, [2002] 1 All E.R. 652, at para. 35, Lord Phillips, M.R. (as he then

[87] Il nous reste à présent à définir, en nous fondant sur les valeurs énoncées dans la *Charte*, le contenu de ce nouveau moyen de défense.

B. *Les éléments de la défense de communication responsable concernant des questions d’intérêt public*

(1) Les questions préliminaires

[88] Il nous faut premièrement déterminer si la défense doit être considérée comme un nouveau moyen de défense ou comme l’extension de l’immunité relative classique.

[89] Dans *Reynolds*, la Chambre des lords a estimé qu’elle élargissait les règles classiques de l’immunité relative pour les adapter à la réalité contemporaine des médias et aux impératifs de la liberté d’expression. De fait, les lords juges ont statué que les médias avaient, relativement aux questions d’intérêt public, un « devoir » de rendre compte auquel correspondait un « intérêt » du public à être ainsi renseigné. L’applicabilité, dans un cas donné, d’une immunité résultant de ce devoir et de cet intérêt dépendait du caractère responsable de la conduite du défendeur, compte tenu de la liste non exhaustive de facteurs dressée par lord Nicholls.

[90] Les facteurs *Reynolds* — équivalant en fait à un test de diligence raisonnable — ne se sont pas intégrés harmonieusement au modèle classique de l’immunité relative axé uniquement sur les circonstances de la communication. En effet, selon ce modèle, la conduite du défendeur ne devenait pertinente qu’une fois l’applicabilité de l’immunité établie, pour déterminer si la malveillance y faisait échec. Or, suivant *Reynolds*, la conduite du défendeur devenait plutôt le point central de l’examen.

[91] C’est pourquoi des tribunaux et des commentateurs en sont venus à considérer que *Reynolds* avait introduit un moyen de défense sensiblement nouveau en matière de diffamation. Par exemple, dans *Loutchansky c. Times Newspapers Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1805, [2002] 1 All E.R. 652,

was), opined that the *Reynolds* privilege is “a different jurisprudential creature from the traditional form of privilege from which it sprang”.

[92] The majority of the Law Lords in *Jameel* maintained the view that “*Reynolds* privilege” or “responsible journalism” rests at least notionally on the duty/interest analysis associated with qualified privilege. However, Lord Hoffmann, with the concurrence of Baroness Hale, insisted that responsible journalism could not be assimilated to traditional qualified privilege, adopting Lord Phillips’ view that it is “a different jurisprudential creature”. It is not the occasion which is protected by the new defence, but the published material itself. (See also Brown, vol. 4, at pp. 27-45 and 27-46, fn. 116.) Furthermore, it makes little sense to speak of an assertion of responsible journalism being defeated by proof of malice, because the absence of malice is effectively built into the definition of responsible journalism itself.

[93] Characterizing the change to the law as introducing a new defence is also supported by the fact that many forms of qualified privilege would not be well served by opening up the privilege to media publications. The duties and interests of people communicating and receiving job references or police reports are definable with some precision and involve a genuine reciprocity. The reciprocal duty and interest involved in a journalistic publication to the world at large, by contrast, is largely notional.

[94] The traditional duty/interest framework works well in its established settings of qualified privilege. These familiar categories should not be compromised or obscured by the addition of a broad new privilege based on public interest.

par. 35, lord Phillips, maître des rôles (maintenant président de la Cour suprême du Royaume-Uni), a exprimé l’opinion que l’immunité reconnue dans *Reynolds* est [TRADUCTION] « une créature jurisprudentielle différente de la forme traditionnelle d’immunité dont elle est issue ».

[92] La majorité des lords juges, dans *Jameel*, a réitéré l’opinion que « l’immunité *Reynolds* » ou le « journalisme responsable » reposaient à tout le moins théoriquement sur la correspondance devoir/intérêt associée à l’immunité relative. Cependant, lord Hoffmann, à l’opinion duquel a souscrit la baronne Hale, a affirmé avec force qu’il n’était pas possible d’assimiler le journalisme responsable à l’immunité relative classique et a fait sienne l’opinion de lord Phillips selon laquelle il s’agissait d’une [TRADUCTION] « créature jurisprudentielle différente ». Ce ne sont pas les circonstances que protège le nouveau moyen de défense, mais ce qui est communiqué. (Voir également Brown, vol. 4, p. 27-45 et 27-46, note 116.) Au surplus, il ne serait pas très logique d’affirmer que l’établissement de la malveillance fait échec à la défense de journalisme responsable, parce que l’absence de malveillance est inhérente à la définition même du journalisme responsable.

[93] Appliquer l’immunité aux communications médiatiques nuirait à plusieurs formes d’immunité relative. Voilà une raison de plus pour qualifier la modification apportée au droit d’introduction d’un nouveau moyen de défense. Les devoirs et les intérêts de ceux qui fournissent ou reçoivent des références professionnelles ou des rapports de police peuvent être définis avec une certaine précision et comportent une véritable réciprocité. En comparaison, la réciprocité entre les devoirs et les intérêts en jeu dans une communication journalistique sans destinataire précis est essentiellement théorique.

[94] Le cadre classique devoir/intérêt s’applique bien dans son contexte reconnu qu’est l’immunité relative. Ces catégories familières ne devraient pas être altérées ou embrouillées par l’ajout d’une nouvelle immunité importante fondée sur l’intérêt

Further, qualified privilege as developed in the cases is grounded not in free expression values but in the social utility of protecting particular communicative occasions from civil liability.

[95] I therefore conclude that the proposed change to the law should be viewed as a new defence, leaving the traditional defence of qualified privilege intact.

[96] A second preliminary question is what the new defence should be called. In arguments before us, the defence was referred to as the responsible journalism test. This has the value of capturing the essence of the defence in succinct style. However, the traditional media are rapidly being complemented by new ways of communicating on matters of public interest, many of them online, which do not involve journalists. These new disseminators of news and information should, absent good reasons for exclusion, be subject to the same laws as established media outlets. I agree with Lord Hoffmann that the new defence is “available to anyone who publishes material of public interest in any medium”: *Jameel*, at para. 54.

[97] A review of recent defamation case law suggests that many actions now concern blog postings and other online media which are potentially both more ephemeral and more ubiquitous than traditional print media. While established journalistic standards provide a useful guide by which to evaluate the conduct of journalists and non-journalists alike, the applicable standards will necessarily evolve to keep pace with the norms of new communications media. For this reason, it is more accurate to refer to the new defence as responsible communication on matters of public interest.

public. De plus, le concept d’immunité relative élaborée par la jurisprudence ne procède pas de valeurs liées à la liberté d’expression, mais de l’utilité sociale de ne pas tenir civilement responsables les auteurs de communications faites dans des circonstances particulières.

[95] Je conclus donc qu’il convient de considérer que le changement proposé crée un nouveau moyen de défense et laisse intacte celui classique d’immunité relative.

[96] La deuxième question préliminaire porte sur le nom à donner à ce nouveau moyen de défense. Dans les observations qui nous ont été soumises, on l’appelle le critère du journalisme responsable. Ce nom a le mérite d’exprimer succinctement l’essence du moyen de défense. Cependant, de nouveaux modes de communication (beaucoup d’entre eux en ligne) permettant de traiter de questions d’intérêt public et ne faisant pas appel à des journalistes se greffent rapidement aux médias traditionnels. À moins qu’il n’existe des motifs valables de les exclure, ces nouveaux propagateurs de nouvelles et d’information devraient être soumis aux mêmes règles juridiques que celles auxquelles sont soumis les médias établis. Je partage l’opinion de lord Hoffmann que le moyen de défense peut être [TRADUCTION] « invoqué par quiconque diffuse du matériel d’intérêt public, quel que soit le média » : *Jameel*, par. 54.

[97] Un examen de la jurisprudence récente relative à la diffamation permet de constater que de nombreux recours concernent désormais des articles de blogue ainsi que d’autres médias en ligne dont la portée est susceptible d’être à la fois plus éphémère et plus répandue que celle de la presse écrite. Même si les normes journalistiques établies constituent un guide utile pour évaluer la conduite tant des journalistes que des non-journalistes, les normes applicables évolueront forcément pour suivre l’évolution des nouveaux médias. Il est donc plus juste de désigner ce nouveau moyen sous le nom de défense de communication responsable concernant des questions d’intérêt public.

(2) Formulating the Defence of Responsible Communication on Matters of Public Interest

[98] This brings us to the substance of the test for responsible communication. In *Quan*, Sharpe J.A. held that the defence has two essential elements: public interest and responsibility. I agree, and would formulate the test as follows. First, the publication must be on a matter of public interest. Second, the defendant must show that publication was responsible, in that he or she was diligent in trying to verify the allegation(s), having regard to all the relevant circumstances.

(a) *Was the Publication on a Matter of Public Interest?*

[99] To be protected by the defence of responsible communication, the publication must be on a matter of public interest.

[100] This is a matter for the judge to decide. To be sure, whether a statement's publication is in the public interest involves factual issues. But it is primarily a question of law; the judge is asked to determine whether the nature of the statement is such that protection may be warranted in the public interest. The judge acts as a gatekeeper analogous to the traditional function of the judge in determining whether an "occasion" is subject to privilege. Unlike privilege, however, the determination of whether a statement relates to a matter of public interest focusses on the substance of the publication itself and not the "occasion". Where the question is whether a particular communication fits within a recognized subject matter of public interest, it is a mixed question of fact and law, and will therefore attract more deference on appeal than will a pure determination of public interest. But it properly remains a question for the trial judge as opposed to the jury.

(2) Définition de la défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public

[98] Cela nous amène à traiter des éléments du test applicable lorsqu'est invoquée la défense de communication responsable. Dans *Quan*, le juge Sharpe a conclu que la défense comporte deux éléments essentiels : l'intérêt public et le caractère responsable. Je partage son point de vue et je définirais ainsi le test applicable. Premièrement, la communication doit concerner une question d'intérêt public. Deuxièmement, le défendeur doit démontrer que la communication était responsable, en ce sens qu'il s'est efforcé avec diligence de vérifier les allégations, compte tenu de l'ensemble des circonstances pertinentes.

a) *La communication concerne-t-elle une question d'intérêt public?*

[99] Pour que la défense de communication responsable s'applique, l'énoncé diffusé doit porter sur une question d'intérêt public.

[100] Il appartient au juge de trancher à cet égard. Naturellement, des considérations factuelles entrent en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer si la diffusion d'un énoncé est d'intérêt public, mais la question est principalement juridique. Ainsi, le juge est appelé à déterminer si, de par sa nature, l'énoncé peut justifier l'application d'une protection dans l'intérêt public. Le juge exerce à cet égard une fonction de gardien analogue à celle qu'il remplit lorsqu'il détermine si des « circonstances » donnent lieu à une immunité dans le modèle classique. Toutefois, l'examen visant à déterminer si l'énoncé porte sur une question d'intérêt public, contrairement à celui visant à juger de l'opportunité d'appliquer l'immunité, est axé sur la substance de la communication elle-même, et non sur les « circonstances » dans lesquelles elle s'inscrit. Déterminer si un énoncé en particulier porte sur un sujet reconnu comme étant d'intérêt public, consiste à trancher une question mixte de fait et de droit. En appel, il conviendra donc de faire preuve de davantage de déférence à l'égard de la réponse à une telle question qu'à l'égard du fruit du pur examen de l'intérêt public. Il n'en demeure pas moins que c'est une question qui continue à bon droit à relever du juge et non du jury.

[101] In determining whether a publication is on a matter of public interest, the judge must consider the subject matter of the publication as a whole. The defamatory statement should not be scrutinized in isolation. The judge's role at this point is to determine whether the subject matter of the communication as a whole is one of public interest. If it is, and if the evidence is legally capable of supporting the defence, as I will explain below, the judge should put the case to the jury for the ultimate determination of responsibility.

[102] How is "public interest" in the subject matter established? First, and most fundamentally, the public interest is not synonymous with what interests the public. The public's appetite for information on a given subject — say, the private lives of well-known people — is not on its own sufficient to render an essentially private matter public for the purposes of defamation law. An individual's reasonable expectation of privacy must be respected in this determination. Conversely, the fact that much of the public would be less than riveted by a given subject matter does not remove the subject from the public interest. It is enough that some segment of the community would have a genuine interest in receiving information on the subject.

[103] The authorities offer no single "test" for public interest, nor a static list of topics falling within the public interest (see, e.g., *Gatley on Libel and Slander* (11th ed. 2008), at p. 530). Guidance, however, may be found in the cases on fair comment and s. 2(b) of the *Charter*.

[104] In *London Artists, Ltd. v. Littler*, [1969] 2 All E.R. 193 (C.A.), speaking of the defence of fair comment, Lord Denning, M.R., described public interest broadly in terms of matters that may legitimately concern or interest people:

There is no definition in the books as to what is a matter of public interest. All we are given is a list of examples, coupled with the statement that it is for the judge and not for the jury. I would not myself confine it within narrow limits. Whenever a matter is such as to affect

[101] Pour décider si elle concerne une question d'intérêt public, le juge doit tenir compte de l'ensemble du contenu d'une communication. Il ne doit pas examiner l'énoncé diffamatoire isolément. À ce stade, le rôle du juge consiste à déterminer si le contenu de la communication, dans son ensemble, est d'intérêt public. S'il estime que c'est le cas et que la preuve permet de fonder juridiquement la défense, comme je l'expliquerai ultérieurement, le juge demande alors au jury de se prononcer en dernière analyse sur le caractère responsable.

[102] Comment établit-on qu'une question est d'« intérêt public »? Disons premièrement et fondamentalement que l'intérêt public n'est pas synonyme d'intérêt du public. La soif d'information du public sur un sujet donné — la vie privée de gens célèbres, par exemple — ne suffit pas en soi pour conférer un caractère public, au sens des règles régissant la diffamation, à ce qui est essentiellement privé. Pour trancher cette question, il faut respecter l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée. À l'inverse, le fait qu'un sujet donné soit loin d'intéresser une majorité de gens ne l'exclut pas de l'intérêt public; il suffit qu'un segment de la population ait un intérêt véritable à recevoir l'information s'y rapportant.

[103] La jurisprudence et la doctrine n'énoncent pas de « test » unique permettant de conclure à l'existence ou non d'un intérêt public, pas plus qu'elles ne dressent une liste établie de sujets relevant de l'intérêt public (voir, p. ex., *Gatley on Libel and Slander* (11^e éd. 2008), p. 530). La jurisprudence relative au commentaire loyal ainsi qu'à l'al. 2b) de la *Charte* peut toutefois nous éclairer.

[104] Dans *London Artists, Ltd. c. Littler*, [1969] 2 All E.R. 193 (C.A.), lord Denning, maître des rôles, qui traitait de la défense de commentaire loyal, a décrit l'intérêt public de façon large, en parlant de sujets qui peuvent légitimement intéresser ou préoccuper les gens :

[TRADUCTION] Les ouvrages ne définissent pas ce qui est d'intérêt public. On n'y trouve qu'une liste d'exemples, et la mention que la question relève du juge et non du jury. Je pense, pour ma part, qu'il ne faut pas enfermer la notion dans des limites étroites. Dès qu'une

people at large, so that they may be legitimately interested in, or concerned at, what is going on; or what may happen to them or to others; then it is a matter of public interest on which everyone is entitled to make fair comment. [p. 198]

[105] To be of public interest, the subject matter “must be shown to be one inviting public attention, or about which the public has some substantial concern because it affects the welfare of citizens, or one to which considerable public notoriety or controversy has attached”: Brown, vol. 2, at pp. 15-137 and 15-138. The case law on fair comment “is replete with successful fair comment defences on matters ranging from politics to restaurant and book reviews”: *Simpson v. Mair*, 2004 BCSC 754, 31 B.C.L.R. (4th) 285, at para. 63, *per* Koenigsberg J. Public interest may be a function of the prominence of the person referred to in the communication, but mere curiosity or prurient interest is not enough. Some segment of the public must have a genuine stake in knowing about the matter published.

[106] Public interest is not confined to publications on government and political matters, as it is in Australia and New Zealand. Nor is it necessary that the plaintiff be a “public figure”, as in the American jurisprudence since *Sullivan*. Both qualifications cast the public interest too narrowly. The public has a genuine stake in knowing about many matters, ranging from science and the arts to the environment, religion and morality. The democratic interest in such wide-ranging public debate must be reflected in the jurisprudence.

[107] Care must be taken by the judge making this determination to characterize the subject matter accurately. Overly narrow characterization may inappropriately defeat the defence at the outset. For example, characterizing the subject matter in

question touche les gens en général, à tel point qu'ils peuvent légitimement s'intéresser à ce qui se passe ou à ce qui peut leur arriver à eux ou à ce qui peut arriver à d'autres personnes, ou s'en préoccuper, cette question en est une d'intérêt public sur laquelle tout le monde a le droit de faire un commentaire loyal. [p. 198]

[105] Pour être d'intérêt public, une question [TRADUCTION] « doit être soit de celles qui éveillent l'attention publique de façon démontrable ou qui préoccupent sensiblement le public parce qu'elles concernent le bien-être de citoyens, soit de celles qui jouissent d'une notoriété publique considérable ou qui ont créé une controverse importante » : Brown, vol. 2, p. 15-137 et 15-138. La jurisprudence relative au commentaire loyal [TRADUCTION] « fourmille d'exemples où le moyen de défense fondé sur le commentaire loyal a été accueilli à l'égard de sujets allant de la politique aux critiques de restaurants ou de livres » : *Simpson c. Mair*, 2004 BCSC 754, 31 B.C.L.R. (4th) 285, par. 63, la juge Koenigsberg. L'intérêt public peut découler de la notoriété de la personne mentionnée, mais la simple curiosité ou l'intérêt malsain sont insuffisants. Il faut que certains segments de la population aient un intérêt véritable à être au courant du sujet du matériel diffusé.

[106] L'intérêt public n'est pas confiné aux publications portant sur les questions gouvernementales et politiques, comme c'est le cas en Australie et en Nouvelle-Zélande. Il n'est pas nécessaire non plus que le demandeur soit un « personnage public » comme l'exige la jurisprudence américaine depuis *Sullivan*. Dans ces deux cas, l'intérêt public est défini de façon trop étroite. Le public a véritablement intérêt à être au courant d'un grand éventail de sujets concernant tout autant la science et les arts que l'environnement, la religion et la moralité. L'intérêt démocratique pour que se tiennent des débats publics sur une gamme de sujets de cette ampleur doit se traduire dans la jurisprudence.

[107] Le juge appelé à statuer sur cette question doit s'efforcer de définir le sujet avec justesse. Une définition trop étroite peut vouer d'emblée le moyen de défense à l'échec. Par exemple, définir le sujet en l'espèce comme les « relations d'affaires de Peter

this case simply as “Peter Grant’s business dealings” would obscure the significant public interest engaged by the article and thus restrict the legitimate scope of public interest. Similarly, characterizing the subject matter too broadly as “Ontario politics” might render the test a mere rubber stamp and bring unworthy material within the protection of the defence.

[108] The question then arises whether the judge or the jury should decide whether the inclusion of a particular defamatory statement in a publication was necessary to communicating on the matter of public interest. Is this question merely a subset of determining generally whether the publication is in the public interest? Or is it better treated as a factor in the jury’s assessment of responsibility? Lord Hoffmann in *Jameel* took the view that determining whether a defamatory statement was necessary to communicating on a matter of public interest is a question of law for the judge, conceding, however, that this may require the judge to second-guess editorial judgment, and must be approached in a deferential way (para. 51).

[109] In my view, if the publication, read broadly and as a whole, relates to a matter of public interest, the judge should leave the defence to the jury on the publication as a whole, and not editorially excise particular statements from the defence on the ground that they were not necessary to communicating on the matter of public interest. Deciding whether the inclusion of the impugned statement was justifiable involves a highly fact-based assessment of the context and details of the publication itself. Whereas a given subject matter either is or is not in law a matter of public interest, the justifiability of including a defamatory statement may admit of many shades of gray. It is intimately bound up in the overall determination of responsibility and should be left to the jury. It is for the jury to consider the need to include particular defamatory statements in determining whether the defendant acted responsibly in publishing what it did.

Grant » obscurcirait l’importante question d’intérêt public posée par l’article et réduirait ainsi la portée légitime de l’intérêt public. De même, une définition trop large, telle la « politique ontarienne », pourrait transformer l’application du moyen de défense en une simple formalité et aboutir à protéger ce qui n’est pas digne de l’être.

[108] Il faut ensuite se demander qui du juge ou du jury détermine si l’inclusion dans un reportage d’un énoncé diffamatoire était nécessaire à la communication concernant la question d’intérêt public. S’agit-il d’une simple sous-question intervenant dans l’appréciation générale de l’intérêt public de la communication ou d’un facteur dont le jury doit tenir compte en évaluant le caractère responsable? Dans *Jameel*, lord Hoffmann a considéré qu’il s’agissait d’une question de droit qui relevait du juge tout en concédant que son examen pouvait obliger le juge à se substituer après coup au diffuseur et qu’il fallait en conséquence faire preuve de déférence à l’égard du jugement éditorial (par. 51).

[109] À mon avis, si la communication, prise dans son ensemble et analysée de façon large, se rapporte à une question d’intérêt public, le juge doit soumettre le moyen de défense au jury à l’égard de la totalité de la communication et s’abstenir de soustraire par suite d’un choix éditorial certains passages à l’application de la défense pour cause de non-nécessité à la communication d’intérêt public. Pour décider s’il était justifié d’inclure l’énoncé en cause, il faut procéder à une évaluation largement factuelle du contexte et des détails de ce qui a été communiqué. Si, juridiquement, un sujet donné est d’intérêt public ou ne l’est pas, la question de la nécessité de l’inclusion d’un énoncé diffamatoire, elle, n’est pas aussi tranchée. Elle est intimement liée à l’appréciation globale du caractère responsable, et elle devrait être laissée à l’appréciation du jury. Ainsi, c’est au jury qu’il appartient d’examiner la nécessité de l’inclusion d’énoncés diffamatoires donnés pour déterminer si le défendeur a agi de façon responsable en diffusant la communication.

(b) *Was Publication of the Defamatory Communication Responsible?*

[110] Against this background, I turn to some relevant factors that may aid in determining whether a defamatory communication on a matter of public interest was responsibly made.

(i) The Seriousness of the Allegation

[111] The logic of proportionality dictates that the degree of diligence required in verifying the allegation should increase in proportion to the seriousness of its potential effects on the person defamed. This factor recognizes that not all defamatory imputations carry equal weight. The defamatory “sting” of a statement can range from a passing irritant to a blow that devastates the target’s reputation and career. The apprehended harm to the plaintiff’s dignity and reputation increases in relation to the seriousness of the defamatory sting. The degree to which the defamatory communication intrudes upon the plaintiff’s privacy is one way in which the seriousness of the sting may be measured. Publication of the kinds of allegations traditionally considered the most serious — for example, corruption or other criminality on the part of a public official — demand more thorough efforts at verification than will suggestions of lesser mischief. So too will those which impinge substantially on the plaintiff’s reasonable expectation of privacy.

(ii) The Public Importance of the Matter

[112] Inherent in the logic of proportionality is the degree of the public importance of the communication’s subject matter. The subject matter will, however, already have been deemed by the trial judge to be a matter of public interest. However, not all matters of public interest are of equal importance. Communications on grave matters of national security, for example, invoke different concerns from those on the prosaic business of everyday politics.

b) *La communication des propos diffamatoires a-t-elle été faite de façon responsable?*

[110] Ce contexte étant défini, je me tourne vers certains des facteurs pouvant nous aider à déterminer si une communication diffamatoire concernant une question d’intérêt public a été faite de façon responsable.

(i) La gravité de l’allégation

[111] Suivant la logique de la proportionnalité, le degré de diligence mis à vérifier l’allégation devrait croître en proportion de la gravité des effets que celle-ci risque d’avoir sur la personne diffamée. Ce facteur reconnaît que toutes les imputations diffamatoires n’ont pas le même poids. En effet, l’élément d’« affront » d’un énoncé diffamatoire peut aller de l’irritation passagère au coup dévastateur pour la réputation et la carrière de la personne visée. Le tort susceptible d’être causé à la dignité et à la réputation du demandeur augmente en fonction de la gravité de l’affront diffamatoire. La gravité de l’atteinte au droit à la vie privée du demandeur est l’un des moyens qui peuvent permettre de mesurer la gravité de l’affront. Les allégations habituellement considérées comme les plus graves — par exemple, des allégations de corruption ou de perpétration d’une autre infraction par le titulaire d’une charge publique — commandent des vérifications plus approfondies que des insinuations moins graves. Il en va de même des allégations qui portent atteinte de façon importante aux attentes raisonnables du demandeur en matière de vie privée.

(ii) L’importance de la question pour le public

[112] Le degré d’importance du sujet de la communication pour le public est un facteur inhérent à la logique du principe de proportionnalité. Le juge du procès aura toutefois déjà jugé que le sujet est d’intérêt public. Cependant, tous les sujets d’intérêt public ne sont pas d’importance égale. Les communications sur les questions graves de sécurité nationale, par exemple, suscitent des préoccupations différentes de celles soulevées par des questions

What constitutes reasonable diligence with respect to one may fall short with respect to the other. Where the public importance in a subject matter is especially high, the jury may conclude that this factor tends to show that publication was responsible in the circumstances. In many cases, the public importance of the matter may be inseparable from its urgency.

(iii) The Urgency of the Matter

[113] As Lord Nicholls observed in *Reynolds*, news is often a perishable commodity. The legal requirement to verify accuracy should not unduly hamstring the timely reporting of important news. But nor should a journalist's (or blogger's) desire to get a "scoop" provide an excuse for irresponsible reporting of defamatory allegations. The question is whether the public's need to know required the defendant to publish when it did. As with the other factors, this is considered in light of what the defendant knew or ought to have known at the time of publication. If a reasonable delay could have assisted the defendant in finding out the truth and correcting any defamatory falsity without compromising the story's timeliness, this factor will weigh in the plaintiff's favour.

(iv) The Status and Reliability of the Source

[114] Some sources of information are more worthy of belief than others. The less trustworthy the source, the greater the need to use other sources to verify the allegations. This applies as much to documentary sources as to people; for example, an "interim progress report" of an internal inquiry has been found to be an insufficiently authoritative source in the circumstances: *Miller v. Associated Newspapers Ltd.*, [2005] EWHC 557 (QB) (BAILII). Consistent with the logic of the repetition rule, the fact that someone has already published a defamatory statement does not give another person licence to repeat it. As already explained, this principle is especially vital when defamatory

prosaïques qui constituent le quotidien de la vie politique. Ainsi, il se pourrait que ce qui constitue de la diligence raisonnable à l'égard d'une question ne suffise pas quant à une autre. Lorsqu'un sujet revêt une importance particulièrement élevée pour le public, le jury peut conclure que ce facteur tend à démontrer que la communication a été faite de façon responsable dans les circonstances. Souvent, l'importance de la question pour le public sera indissociable de son urgence.

(iii) L'urgence de la question

[113] Comme lord Nicholls l'a indiqué dans *Reynolds*, les nouvelles sont souvent des produits périssables. Ainsi, il ne faut pas que l'exigence légale de la vérification de l'exactitude empêche la diffusion en temps utile de nouvelles importantes. Il ne faut pas non plus que la course au « scoop » à laquelle prendrait part un journaliste (ou un blogueur) serve d'excuse à la diffusion irresponsable d'allégations diffamatoires. Il s'agit de décider si la nécessité d'informer le public commandait que le défendeur procède à la communication au moment où il l'a fait. Ce facteur, comme d'autres, s'examine à la lumière de ce que le défendeur savait ou devait savoir au moment de la diffusion. Si un délai raisonnable lui avait permis de découvrir la vérité et de corriger les erreurs diffamatoires sans nuire à l'actualité de la nouvelle, le facteur favoriserait le demandeur.

(iv) La nature et la fiabilité des sources

[114] Il existe des sources d'information plus dignes de foi que d'autres. Moins une source est fiable, plus il faudra se tourner vers d'autres sources pour vérifier les allégations. Cela vaut pour toutes les sources qu'il s'agisse de documents ou de personnes. Dans *Miller c. Associated Newspapers Ltd.*, [2005] EWHC 557 (QB) (BAILII), par exemple, la cour a jugé que le [TRADUCTION] « rapport d'étape provisoire » d'une enquête interne n'était pas suffisamment fiable dans les circonstances. Conformément à la logique de la règle de la répétition, le fait que quelqu'un ait déjà diffusé un énoncé diffamatoire n'autorise pas quelqu'un d'autre à le répéter. Comme je l'ai déjà expliqué, ce principe

statements can be reproduced electronically with the speed of a few keystrokes. At the same time, the fact that the defendant's source had an axe to grind does not necessarily deprive the defendant of protection, provided other reasonable steps were taken.

[115] It may be responsible to rely on confidential sources, depending on the circumstances; a defendant may properly be unwilling or unable to reveal a source in order to advance the defence. On the other hand, it is not difficult to see how publishing slurs from unidentified "sources" could, depending on the circumstances, be irresponsible.

(v) Whether the Plaintiff's Side of the Story Was Sought and Accurately Reported

[116] It has been said that this is "perhaps the core *Reynolds* factor" (*Gatley*, at p. 535) because it speaks to the essential sense of fairness the defence is intended to promote, as well as thoroughness. In most cases, it is inherently unfair to publish defamatory allegations of fact without giving the target an opportunity to respond: see, e.g., *Galloway v. Telegraph Group Ltd.*, [2004] EWHC 2786 (QB) (BAILII), at paras. 166-67, *per* Eady J. Failure to do so also heightens the risk of inaccuracy, since the target of the allegations may well be able to offer relevant information beyond a bare denial.

[117] The importance of this factor varies with the degree to which fulfilling its dictates would actually have bolstered the fairness and accuracy of the report. For example, if the target of the allegations could have no special knowledge of them, this factor will be of little importance: see *Jameel*, at paras. 35, and 83-85, where the House of Lords held that the plaintiff (whose group of companies had been put on a terrorism monitoring list) could not realistically have added anything material to

est d'autant plus vital lorsque les énoncés diffamatoires peuvent être reproduits électroniquement en aussi peu de temps qu'il ne le faut pour taper sur quelques touches du clavier. Cela étant dit, le fait que la source du défendeur ait agi dans son intérêt personnel ne prive pas nécessairement ce dernier de protection, à la condition qu'il ait pris d'autres mesures raisonnables.

[115] Se fier à des sources confidentielles peut, selon les circonstances, constituer une conduite responsable; un défendeur peut légitimement refuser de révéler l'identité d'une source pour se prévaloir de la défense ou en être incapable. Par contre, il n'est pas difficile de percevoir l'irresponsabilité qu'il pourrait y avoir, selon les circonstances, à diffuser des insultes proférées par des « sources » non identifiées.

(v) A-t-on demandé et rapporté fidèlement la version des faits du demandeur?

[116] On a dit qu'il s'agissait [TRADUCTION] « peut-être du facteur *Reynolds* fondamental » (*Gatley*, p. 535) parce qu'il se rapporte à la fois à l'esprit essentiel de justice que le moyen de défense vise à protéger et à l'exhaustivité. Dans la plupart des cas, il est intrinsèquement injuste de diffuser des allégations de fait diffamatoires sans donner à la personne visée la possibilité de répondre : voir, p. ex., *Galloway c. Telegraph Group Ltd.*, [2004] EWHC 2786 (QB) (BAILII), par. 166-167, le juge Eady. Lorsqu'on ne fournit pas cette occasion, on accroît en outre les risques d'inexactitude, car la personne visée peut fort bien être en mesure de fournir des renseignements pertinents et non une simple dénégation.

[117] L'importance de ce facteur varie en fonction du degré de justice et d'exactitude que son application aurait permis d'atteindre. Par exemple, si la cible des allégations ne pouvait rien savoir de particulier à leur sujet, ce facteur aurait peu d'importance : voir *Jameel*, par. 35 et 83-85, où la Chambre des lords a estimé peu réaliste de penser que le demandeur (dont le groupe de sociétés avait été inscrit sur une liste de surveillance pour terrorisme) aurait pu ajouter quoi que ce soit d'important parce

the story because the relevant actions of the Saudi and U.S. governments were secret and entirely beyond his control.

(vi) Whether Inclusion of the Defamatory Statement Was Justifiable

[118] As discussed earlier (paras. 108-9), it is for the jury to determine whether inclusion of a defamatory statement was necessary to communicating on a matter of public interest. Its view of the need to include a particular statement may be taken into account in deciding whether the communicator acted responsibly. In applying this factor, the jury should take into account that the decision to include a particular statement may involve a variety of considerations and engage editorial choice, which should be granted generous scope.

(vii) Whether the Defamatory Statement's Public Interest Lay in the Fact That It Was Made Rather Than Its Truth ("Reportage")

[119] The "repetition rule" holds that repeating a libel has the same legal consequences as originating it. This rule reflects the law's concern that one should not be able to freely publish a scurrilous libel simply by purporting to attribute the allegation to someone else. The law will not protect a defendant who is "willing to wound, and yet afraid to strike": *"Truth" (N.Z.) Ltd. v. Holloway*, [1960] 1 W.L.R. 997 (P.C.), at p. 1001, *per* Lord Denning. In sum, the repetition rule preserves the accountability of media and other reporting on matters of public interest. The "bald retailing of libels" is not in the public interest: *Charman*, at para. 91, *per* Sedley L.J. Maintaining the repetition rule is particularly important in the age of the Internet, when defamatory material can spread from one website to another at great speed.

[120] However, the repetition rule does not apply to fairly reported statements whose public interest

que les gestes pertinents des gouvernements saoudien et américain étaient secrets et échappaient totalement à son contrôle.

(vi) L'inclusion de l'énoncé diffamatoire se justifiait-elle?

[118] Comme on l'a vu (par. 108-109), il appartient au jury de déterminer si l'inclusion d'un énoncé diffamatoire était nécessaire à la communication concernant une question d'intérêt public. L'opinion du communicateur sur la nécessité d'inclure un énoncé particulier peut entrer en ligne de compte pour établir si ce dernier a agi de façon responsable. En appliquant ce facteur, le jury doit prendre en considération que la décision d'inclure un énoncé donné peut faire intervenir de nombreuses variables et relève de choix éditoriaux auxquels il convient d'accorder une grande portée.

(vii) L'intérêt public de l'énoncé diffamatoire réside-t-il dans son existence même, et non dans sa véracité? (« relation de propos »)

[119] Selon la « règle de la répétition », la réitération d'un libelle entraîne les mêmes conséquences juridiques que le libelle lui-même. Cette règle traduit le souci du droit d'empêcher qu'on puisse se livrer impunément à la diffamation simplement en attribuant les allégations calomnieuses à autrui. Le droit ne viendra pas en aide au défendeur [TRADUCTION] « cherchant à blesser, mais d'une main timide » : « *Truth* » (N.Z.) Ltd. c. *Holloway*, [1960] 1 W.L.R. 997 (C.P.), p. 1001, lord Denning. En somme, la règle de la répétition assure le maintien de la responsabilité des organes de presse et autres qui diffusent des renseignements sur des questions d'intérêt public. Le [TRADUCTION] « simple colportage de libelles » n'est pas d'intérêt public : *Charman*, par. 91, lord juge Sedley. En outre, il est particulièrement important de maintenir la règle de la répétition à l'époque d'Internet, où des propos diffamatoires peuvent se propager d'un site Web à un autre en un rien de temps.

[120] Toutefois, la règle de la répétition ne s'applique pas aux propos fidèlement rapportés, dont

lies in the fact that they were made rather than in their truth or falsity. This exception to the repetition rule is known as reportage. If a dispute is itself a matter of public interest and the allegations are fairly reported, the publisher should incur no liability even if some of the statements made may be defamatory and untrue, provided: (1) the report attributes the statement to a person, preferably identified, thereby avoiding total unaccountability; (2) the report indicates, expressly or implicitly, that its truth has not been verified; (3) the report sets out both sides of the dispute fairly; and (4) the report provides the context in which the statements were made. See *Al-Fagih v. H.H. Saudi Research & Marketing (U.K.) Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1634 (BAILII), at para. 52; *Charman; Prince Radu of Hohenzollern v. Houston*, [2007] EWHC 2735 (QB) (BAILII); *Roberts v. Gable*, [2007] EWCA Civ 721, [2008] 2 W.L.R. 129.

[121] Where the defendant claims that the impugned publication (in whole or in part) constitutes reportage, i.e. that the dominant public interest lies in reporting what was said in the context of a dispute, the judge should instruct the jury on the repetition rule and the reportage exception to the rule. If the jury is satisfied that the statements in question are reportage, it may conclude that publication was responsible, having regard to the four criteria set out above. As always, the ultimate question is whether publication was responsible in the circumstances.

(viii) Other Considerations

[122] As noted, the factors serve as non-exhaustive but illustrative guides. Ultimately, all matters relevant to whether the defendant communicated responsibly can be considered.

l'intérêt public réside dans le fait même qu'ils ont été tenus plutôt que dans leur fausseté ou leur véracité. Cette exception à la règle de la répétition est connue sous le nom de doctrine de la relation de propos. Si un conflit est en soi une question d'intérêt public et que les allégations sont fidèlement rapportées, le diffuseur ne devrait pas encourir de responsabilité même si certaines des déclarations peuvent être diffamatoires et erronées, à condition que : (1) la relation de propos attribue les dires à quelqu'un, préférablement identifié, pour éviter que personne n'assume de responsabilité; (2) la relation de propos indique, expressément ou implicitement, que la véracité des dires n'a pas été vérifiée; (3) la relation de propos expose équitablement les deux versions des faits; et (4) la relation de propos situe les dires dans leur contexte. Voir *Al-Fagih c. H.H. Saudi Research & Marketing (U.K.) Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1634 (BAILII), par. 52; *Charman; Prince Radu of Hohenzollern c. Houston*, [2007] EWHC 2735 (QB) (BAILII); *Roberts c. Gable*, [2007] EWCA Civ 721, [2008] 2 W.L.R. 129.

[121] Lorsque le défendeur soutient que la communication qu'on lui reproche constitue (en tout ou en partie) une relation de propos, c.-à-d. que l'intérêt public dominant réside dans le fait de relater ce qui a été dit dans le contexte d'un débat, le juge devrait donner au jury des directives sur la règle de la répétition et sur l'exception à cette règle qui entre en jeu dans le cas d'une relation de propos. Si le jury est convaincu que les énoncés en cause constituent une relation de propos, vu les quatre critères énoncés précédemment, il peut conclure que leur communication a été faite de façon responsable. Comme dans tous les cas, la question déterminante est celle de savoir si la communication a été faite de façon responsable dans les circonstances.

(viii) Autres considérations

[122] Je le répète, ces facteurs constituent un guide non exhaustif. En définitive, tous les éléments pertinents pour juger du caractère responsable de la communication peuvent être pris en considération.

[123] Not all factors are of equal value in assessing responsibility in a given case. For example, the “tone” of the article (mentioned in *Reynolds*) may not always be relevant to responsibility. While distortion or sensationalism in the manner of presentation will undercut the extent to which a defendant can plausibly claim to have been communicating responsibly in the public interest, the defence of responsible communication ought not to hold writers to a standard of stylistic blandness: see *Roberts*, at para. 74, *per* Sedley L.J. Neither should the law encourage the fiction that fairness and responsibility lie in disavowing or concealing one’s point of view. The best investigative reporting often takes a trenchant or adversarial position on pressing issues of the day. An otherwise responsible article should not be denied the protection of the defence simply because of its critical tone.

[124] If the defamatory statement is capable of conveying more than one meaning, the jury should take into account the defendant’s intended meaning, if reasonable, in determining whether the defence of responsible communication has been established. This follows from the focus of the inquiry on the conduct of the defendant. The weight to be placed on the defendant’s intended meaning is a matter of degree: “The more obvious the defamatory meaning, and the more serious the defamation, the less weight will a court attach to other possible meanings when considering the conduct to be expected of a responsible journalist in the circumstances” (*Bonnick v. Morris*, [2002] UKPC 31, [2003] 1 A.C. 300 (P.C.), at para. 25, *per* Lord Nicholls). Under the defence of responsible communication, it is no longer necessary that the jury settle on a single meaning as a preliminary matter. Rather, it assesses the responsibility of the communication with a view to the range of meanings the words are reasonably capable of bearing.

[125] Similarly, the defence of responsible communication obviates the need for a separate inquiry into malice. (Malice may still be relevant where other defences are raised.) A defendant who has

[123] Tous les facteurs n’ont cependant pas le même poids pour l’appréciation du caractère responsable d’une communication donnée. Il est possible, par exemple, que le « ton » de l’article (mentionné dans *Reynolds*) ne soit pas toujours pertinent. Bien que la déformation de faits ou le sensationnalisme puissent affaiblir la vraisemblance de l’affirmation d’un défendeur qu’il a communiqué les faits de façon responsable dans l’intérêt public, on ne doit pas faire de la platitude stylistique une condition d’application du moyen de défense : voir *Roberts*, par. 74, lord juge Sedley. Le droit ne doit pas non plus encourager la fiction selon laquelle on ne communique de façon juste et responsable qu’en reniant les points de vue ou en les dissimulant. Le journalisme d’enquête à son meilleur prend souvent une position incisive ou critique sur des questions d’actualité pressantes. Il ne faudrait pas que ce seul ton d’un article, responsable par ailleurs, empêche d’invoquer la défense de communication responsable.

[124] Si l’énoncé diffamatoire peut avoir plus d’un sens, le jury doit, pour décider si la défense de communication responsable a été établie, prendre en compte, s’il est raisonnable, le sens que le défendeur voulait exprimer. Cela découle de ce que l’examen est axé sur la conduite du défendeur. Le poids à attribuer au sens recherché par le défendeur est une question de degré : [TRADUCTION] « [p]lus la signification diffamatoire est évidente et plus la diffamation est grave, moins le tribunal attachera de poids aux autres sens possibles dans son examen de la conduite à attendre d’un journaliste responsable dans les circonstances » (*Bonnick c. Morris*, [2002] UKPC 31, [2003] 1 A.C. 300, par. 25, lord Nicholls). Il n’est plus nécessaire, pour l’application de la défense de communication responsable, que le jury se prononce de façon préliminaire sur un sens unique. Il évalue plutôt le caractère responsable de la communication en considérant l’éventail des sens que les mots peuvent raisonnablement exprimer.

[125] De la même façon, la défense de communication responsable rend inutile l’examen distinct de la question de la malveillance — qui peut cependant demeurer pertinente si d’autres moyens de défense

acted with malice in publishing defamatory allegations has by definition not acted responsibly.

(3) Summary of the Required Elements

[126] The defence of public interest responsible communication is assessed with reference to the broad thrust of the publication in question. It will apply where:

- A. The publication is on a matter of public interest, and
- B. The publisher was diligent in trying to verify the allegation, having regard to:
 - (a) the seriousness of the allegation;
 - (b) the public importance of the matter;
 - (c) the urgency of the matter;
 - (d) the status and reliability of the source;
 - (e) whether the plaintiff's side of the story was sought and accurately reported;
 - (f) whether the inclusion of the defamatory statement was justifiable;
 - (g) whether the defamatory statement's public interest lay in the fact that it was made rather than its truth ("reportage"); and
 - (h) any other relevant circumstances.

C. *Procedural Issues: Judge and Jury*

[127] As a general rule, the judge decides questions of law, while the jury decides questions of fact and applies the law to the facts. As is the case in other actions, for example negligence trials, issues of fact and law cannot be entirely disentangled. Nevertheless, it is possible to arrive at the following allocation of responsibility on the defence of responsible communication, having regard to

sont invoqués. En effet, par définition, un défendeur qui a publié par malveillance des allégations diffamatoires n'a pas agi de façon responsable.

(3) Résumé des exigences

[126] La défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public s'évalue en fonction de l'ensemble de la communication en question. Elle s'applique aux conditions suivantes :

- A. La communication concerne une question d'intérêt public, et
- B. Le diffuseur s'est efforcé avec diligence de vérifier les allégations, compte tenu des facteurs suivants :
 - a) la gravité de l'allégation;
 - b) l'importance de la question pour le public;
 - c) l'urgence de la question;
 - d) la nature et la fiabilité des sources;
 - e) la question de savoir si l'on a demandé et rapporté fidèlement la version des faits du demandeur;
 - f) la question de savoir si l'inclusion de l'énoncé diffamatoire était justifiable;
 - g) la question de savoir si l'intérêt public de l'énoncé diffamatoire réside dans l'existence même de l'énoncé, et non dans sa véracité (« relation de propos »);
 - h) toute autre considération pertinente.

C. *Questions procédurales : juge et jury*

[127] En règle générale, le juge statue sur les questions de droit tandis que le jury tranche les questions de fait et applique les règles de droit aux faits. Or, dans le type d'action dont nous sommes saisis en l'espèce, comme dans d'autres types d'actions — telles celles pour négligence —, les questions de fait et de droit ne peuvent pas être complètement départagées. Il n'en demeure pas moins

whether the issue is predominantly legal or factual, to the traditional allocations of responsibility in defamation trials, and to relevant legislation.

[128] The judge decides whether the statement relates to a matter of public interest. If public interest is shown, the jury decides whether on the evidence the defence is established, having regard to all the relevant factors, including the justification for including defamatory statements in the article.

[129] As in any trial by judge and jury, the judge may, upon motion, rule out the defence on the basis that the facts as proved are incapable of supporting the inference of responsible communication. This is consistent with the power of the judge in existing jurisprudence to withdraw the issue of malice from the jury where there is no basis for an inference of malice on the evidence.

[130] The defence of responsible communication does not require preliminary rulings from the jury on primary meaning, since it does not depend on the supposition of a single meaning. The jury should be instructed to assess the responsibility of the communication in light of the range of meanings the words are reasonably capable of bearing, including evidence as to the defendant's intended meaning.

[131] The division of responsibility proposed here accords with the general rule that matters of law are for the judge, and matters of fact are for the jury. In preserving a central role for the jury, it is consistent with Canadian tradition and statutory enactments. Traditionally, defamation actions have usually been tried by judge and jury, and many Canadian jurisdictions continue to have special rules for jury trials in defamation cases even as juries in most other kinds of civil actions have become less common: see, e.g., *British Columbia Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90, r. 39(27);

qu'il est possible de répartir les tâches de chacun de la façon décrite ci-après en ce qui a trait à la défense de communication responsable, compte tenu de la nature principalement juridique ou factuelle de la question, de la répartition classique des tâches dans les instances en diffamation et des dispositions législatives applicables.

[128] Le juge décide si l'énoncé concerne une question d'intérêt public. Si l'intérêt public est établi, le jury tranche la question de savoir si le moyen de défense est établi, compte tenu de tous les facteurs pertinents, y compris la justification de l'inclusion de l'énoncé diffamatoire.

[129] Comme dans tout procès devant juge et jury, le juge peut, sur requête, écarter le moyen de défense s'il estime que les faits, tels qu'ils ont été prouvés, ne sauraient fonder la conclusion de communication responsable. Cela correspond au pouvoir que la jurisprudence reconnaît au juge de soustraire la question de la malveillance à l'examen du jury lorsque la preuve ne permet pas d'en étayer la présence.

[130] La défense de communication responsable ne requiert pas que le jury se prononce de façon préliminaire sur le sens principal de l'énoncé, car elle ne repose pas sur l'hypothèse d'une signification unique. Il faut cependant indiquer au jury qu'il doit évaluer le caractère responsable de la communication en tenant compte de l'éventail des sens que les mots peuvent raisonnablement exprimer ainsi que de la preuve du sens que voulait exprimer le défendeur.

[131] Le partage des tâches proposé en l'espèce obéit à la règle générale voulant que les questions de droit relèvent du juge et les questions de fait du jury. En préservant le rôle capital du jury, ce partage s'inscrit dans la tradition canadienne et respecte les dispositions législatives. Les procès pour diffamation se sont habituellement déroulés devant juge et jury. En outre, dans plusieurs ressorts canadiens, des règles particulières continuent à régir les procès par jury en matière de diffamation, même si la participation des jurys est désormais moins répandue dans la plupart des autres types d'actions

Alberta *Jury Act*, R.S.A. 2000, c. J-3, s. 17(1). In Ontario, where the case at bar arose, there is no longer any special right to a jury trial in defamation cases. However, s. 14 of the Ontario *Libel and Slander Act*, R.S.O. 1990, c. L.12, guarantees the right of a jury in a defamation action to render a general verdict (see also *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 108(5)). Courts have interpreted s. 14 to mean that the jury cannot be required to answer specific questions, and if they are asked to do so they must also be informed of their right to render a general verdict: *Pizza Pizza Ltd. v. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1998), 42 O.R. (3d) 36 (Div. Ct.), at pp. 43-44, per Sharpe J. Finally, s. 108 of the Ontario *Courts of Justice Act* provides that in a defamation action tried by judge and jury, it is for the jury to decide questions of fact and to assess the quantum of damages.

[132] The plaintiffs argue against a central role for the jury. In their view, if a conduct-based defence is recognized, it should be for the judge alone to determine whether it lies and whether it is established on the facts. This, they contend, is the only way to safeguard the nuanced constitutional balance between free expression and the protection of reputation.

[133] This argument cannot be sustained. First, restricting the role of the jury in this manner may run afoul of the statutory rights accorded by s. 108 of the Ontario *Courts of Justice Act* (it is for the jury to decide questions of fact), and most certainly would violate s. 14 of the Ontario *Libel and Slander Act* (the jury cannot be required to decide preliminary questions, and must be permitted to render a general verdict). The argument is essentially a plea to the Court to amend the provisions of these Acts. This the Court cannot do.

civiles : voir, p. ex., les *Supreme Court Rules* de la Colombie-Britannique, B.C. Reg. 221/90, r. 39(27), et la *Jury Act*, R.S.A. 2000, ch. J-3, par. 17(1) de l'Alberta. En Ontario, d'où provient la présente cause, il n'existe plus de droit particulier à un procès avec jury dans les instances en diffamation. Toutefois, l'art. 14 de la *Loi sur la diffamation*, L.R.O. 1990, ch. L.12, de l'Ontario garantit le droit du jury de rendre un verdict général dans une action en diffamation (voir également la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, par. 108(5)). Suivant l'interprétation jurisprudentielle de l'art. 14, les jurys ne peuvent être obligés de répondre à des questions particulières, et s'il leur est demandé de le faire, ils doivent être informés de leur droit de prononcer un verdict général : *Pizza Pizza Ltd. c. Toronto Star Newspapers Ltd.* (1998), 42 O.R. (3d) 36 (C. div.), p. 43 et 44, le juge Sharpe. Enfin, l'art. 108 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario dispose que, dans une action en diffamation instruite devant juge et jury, il appartient au jury de trancher les questions de fait et d'évaluer le montant des dommages-intérêts.

[132] Les demandeurs contestent ce rôle primordial du jury. Selon eux, si l'existence d'un moyen de défense axé sur la conduite est reconnue, c'est le juge seul qui devrait statuer sur son applicabilité et déterminer s'il a été prouvé au vu des faits. Ce serait, pour eux, la seule façon de maintenir l'équilibre constitutionnel délicat entre la liberté d'expression et la protection de la réputation.

[133] On ne peut retenir cet argument. Premièrement, restreindre de la sorte le rôle du jury pourrait déroger aux droits qui lui sont conférés par l'art. 108 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario (qui prévoit qu'il revient à ce dernier de se prononcer sur les questions de fait) et contreviendrait assurément à l'art. 14 de la *Loi sur la diffamation* de l'Ontario (selon lequel le jury ne peut être tenu de statuer sur des questions préliminaires et doit être libre de rendre un verdict général). Cet argument ne constitue ni plus ni moins qu'un plaidoyer pour que la Cour modifie les dispositions de ces lois, ce qu'elle ne peut pas faire.

[134] Second, permitting the jury to have the ultimate say on whether or not the new defence applies, is consistent with the jury's role with respect to the defence of fair comment. The *Reynolds* model, where "primary facts" are determined by the jury but the decision on responsible journalism is made by the judge, entails a complex back and forth between judge and jury and may lead to interlocutory rulings, and in due course appeals from those interlocutory decisions. Moreover, confining the jury's role to preliminary fact-finding would entail seeking jury responses to numerous detailed questions, which may in turn "thwart many of the benefits sought through the doctrinal changes": Kenyon, at p. 433; see also Lord Phillips, M.R., in *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2005] EWCA Civ 74, [2005] 4 All E.R. 356, at para. 70, lamenting the division of roles that has taken shape in English courts under *Reynolds*.

[135] Third, it is not unusual for juries to render verdicts where constitutionally protected interests are at stake. They do so every day in criminal trials across the country. Sufficient safeguards exist in the proposed division of responsibility to ensure the appropriate constitutional balance is struck. The judge exercises a gatekeeper function in determining the legal issues and evidentiary sufficiency, and instructs the jury on all relevant factors, including the nature and importance of the *Charter* values of free expression and protection of reputation. The judge's decisions can be appealed for legal error.

VI. Application to the Facts of This Case

[136] The evidence revealed a basis for three defences: (1) justification; (2) fair comment; and (3) responsible communication on a matter of public interest. All three defences should have been left to the jury. It is unnecessary to deal further with the

[134] Deuxièmement, compte tenu du rôle du jury lorsque la défense de commentaire loyal est invoquée, il serait logique de lui permettre de décider de l'application du nouveau moyen de défense. Le modèle *Reynolds*, qui postule que le jury se prononce sur les « faits principaux », mais que le juge statue sur la défense de journalisme responsable, entraîne un va-et-vient complexe entre le juge et le jury susceptible de donner lieu à des décisions interlocutoires et peut, éventuellement, entraîner des appels des décisions interlocutoires en question. En outre, si le rôle des jurés se limitait à trancher des questions de fait préliminaires, il s'ensuivrait qu'il faudrait solliciter leurs points de vue sur un grand nombre de questions détaillées, points de vue qui, à leur tour, pourraient [TRADUCTION] « contre-carrer un grand nombre des avantages recherchés par les modifications doctrinales » Kenyon, p. 433; voir également lord Phillips, maître des rôles, dans *Jameel c. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2005] EWCA Civ 74, [2005] 4 All E.R. 356, par. 70, qui déplore le partage des rôles mis en place par les tribunaux anglais en application de l'arrêt *Reynolds*.

[135] Troisièmement, il n'est pas rare que des jurys rendent des verdicts lorsque des droits jouissant d'une protection constitutionnelle sont en jeu. Cela se produit tous les jours, partout au Canada, dans des procès criminels. Le partage des tâches proposé comporte suffisamment de garanties pour assurer le maintien de l'équilibre constitutionnel requis. Le juge assume des fonctions de gardien en statuant sur les questions juridiques et sur la suffisance de la preuve, et il donne des directives au jury sur tous les facteurs pertinents, notamment sur la nature et l'importance des valeurs de la *Charte* que sont la liberté d'expression et la protection de la réputation. En outre, les décisions du juge peuvent être portées en appel pour erreur de droit.

VI. Application aux faits de la présente espèce

[136] La preuve permettait de fonder trois moyens de défense : (1) la justification, (2) le commentaire loyal, et (3) la communication responsable concernant une question d'intérêt public. C'est le jury qui aurait dû se prononcer sur ces trois moyens. Il n'est

defence of justification; no error is alleged in the trial judge's directions on this defence.

[137] Where the judge retains genuine doubt as to whether a given statement should be characterized as fact or opinion, the question should be left to the jury to decide: *Scott v. Fulton*, 2000 BCCA 124, 73 B.C.L.R. (3d) 392. In this case, it was open to the jury to consider the statement attributed to Dr. Clark that “[e]veryone thinks it’s a done deal” as a comment, or statement of opinion. The statement could be read as an idiomatic expression of an opinion about the *likelihood* of something, namely government approval, that had not yet come to pass. This would raise the defence of fair comment.

[138] The defence of fair comment was left to the jury at trial. However, I agree with the Court of Appeal, *per* Feldman J.A., that the trial judge erred in his charge to the jury on fair comment. He failed to instruct the jury that “since Mr. Schiller was the conduit for the comment and not its maker, the fact that he did not honestly believe it could not be used as a foundation for finding malice unless in the context of the article, he had adopted the comment as his own” (Feldman J.A., at para. 93). This recalls Binnie J.’s observation in *WIC Radio* that “defamation proceedings will have reached a troubling level of technicality if the protection afforded by the defence of fair comment to freedom of expression (‘the very lifeblood of our freedom’) is made to depend on whether or not the speaker is prepared to swear to an honest belief in something he does not believe he ever said” (para. 35). Additionally, as also held in *WIC Radio*, the “fair-minded” component of the traditional test should not form part of a charge on fair comment. For the reasons given by Feldman J.A., at paras. 83-94 of her reasons, these problems in the trial judge’s charge could have led the jury to wrongly conclude that the fair comment defence had been defeated by malice.

pas nécessaire d’ajouter quoi que ce soit au sujet de la défense de justification puisqu’aucune erreur dans les directives du juge à son sujet n’a été alléguée.

[137] Si le juge entretient un doute véritable quant à la question de savoir si l’objet de la communication devrait être caractérisé comme un énoncé de fait ou comme un énoncé d’opinion, la question devrait être laissée à l’appréciation du jury : *Scott c. Fulton*, 2000 BCCA 124, 73 B.C.L.R. (3d) 392. En l’espèce, le jury pouvait considérer la déclaration attribuée à M^{me} Clark — « [t]out le monde pense que c’est un fait accompli » — comme un commentaire ou comme un énoncé d’opinion. L’énoncé pouvait être perçu comme la formulation, en termes courants, d’une opinion sur une *probabilité* — soit celle que le gouvernement donne son approbation — qui ne s’était pas encore réalisée, ce qui permettait d’invoquer la défense de commentaire loyal.

[138] Au procès, la défense de commentaire loyal a été soumise au jury. Je partage toutefois l’opinion de la Cour d’appel, exprimée par la juge Feldman, selon laquelle le juge du procès n’a pas bien instruit le jury au sujet de ce moyen de défense. Il a omis d’indiquer que [TRADUCTION] « M. Schiller ayant rapporté et non formulé le commentaire, l’absence de croyance honnête ne pouvait servir de fondement à la conclusion qu’il y avait eu malveillance à moins que, dans le contexte de l’article, il ait fait sien le commentaire » (la juge Feldman, par. 93). Ce passage rappelle l’observation du juge Binnie, dans *WIC Radio*, selon laquelle « les instances en diffamation auront atteint un degré de formalisme inquiétant si la protection de la liberté d’expression (‘l’élément vital de notre liberté’) par la défense de commentaire loyal doit dépendre du fait que l’auteur des propos doit être disposé à affirmer sous serment qu’il croit honnêtement une chose qu’il estime n’avoir jamais dite » (par. 35). En outre, comme la Cour l’a aussi indiqué dans *WIC Radio*, l’exposé du juge concernant le commentaire loyal ne devrait pas aborder le volet relatif à l’« esprit juste » du test traditionnel. Pour les motifs exposés par la juge Feldman aux par. 83 à 94 de ses motifs, il est possible que ces failles relevées dans l’exposé du juge au jury aient amené ce dernier à conclure à tort que la malveillance faisait échec à la défense de commentaire loyal.

[139] It was also open to the jury to consider the critical “done deal” remark as a statement of fact. Read literally, it can be taken as an assertion that government approval for the development was actually already sealed, either formally behind closed doors or by tacit understanding. This raises the defence of responsible communication on a matter of public interest. The trial judge did not leave this or any similar defence to the jury.

[140] In Ontario, an appellate court cannot order a new trial in a civil matter “unless some substantial wrong or miscarriage of justice has occurred”: *Courts of Justice Act*, s. 134(6). Taken together, in my view, the errors I have described rise to this level and require a new trial. Since the facts and submissions on the new trial may differ from those on the first trial, detailed discussion of how the new trial should proceed would be inappropriate. However, on the assumption the evidence will mirror the evidence on the first trial, the following observations may be helpful.

1. The jury should be told that three defences may arise on the facts: (1) justification (truth); (2) fair comment, with respect to any statements of opinion; and (3) responsible communication on a matter of public interest, with respect to any statements of fact.
2. Since the statement most at issue (the “done deal” remark) can be viewed as opinion, the trial judge should instruct the jury on the defence of fair comment in accordance with this Court’s decision in *WIC Radio*.
3. Since the statement can also be viewed as a statement of fact, raising the defence of

[139] Les jurés pouvaient aussi considérer la remarque cruciale concernant le « fait accompli » comme un énoncé de fait. Prise littéralement, en effet, elle peut être perçue comme l’affirmation que l’approbation gouvernementale était déjà chose faite, soit officiellement derrière des portes closes soit par accord tacite. Cela permettait d’invoquer la défense de communication responsable concernant une question d’intérêt public, mais le juge du procès n’a soumis au jury ni ce moyen de défense ni aucun autre moyen apparenté.

[140] En Ontario, une cour d’appel ne peut pas ordonner la tenue d’un nouveau procès dans une cause civile « en l’absence d’un préjudice grave ou d’une erreur judiciaire fondamentale » : *Loi sur les tribunaux judiciaires*, par. 134(6). Considérées ensemble, j’estime que les erreurs que j’ai décrites sont de ce type et imposent d’ordonner la tenue d’un nouveau procès. Il ne convient pas de préciser comment la nouvelle instruction devrait se dérouler, puisque les faits et les arguments en jeu dans la nouvelle instance pourront différer de ceux présentés dans le cadre de la première instance. Toutefois, en supposant que la preuve soumise lors du deuxième procès ressemble à celle présentée lors du premier procès, les observations qui suivent pourraient être utiles.

1. Il faudrait dire au jury que le défendeur peut invoquer trois moyens de défense selon les faits en cause : (1) la justification (vérité); (2) le commentaire loyal, à l’égard des énoncés d’opinion; et (3) la communication responsable concernant une question d’intérêt public, à l’égard des énoncés de fait.
2. Puisque la principale déclaration en cause (la remarque sur le « fait accompli ») peut être considérée comme l’énoncé d’une opinion, les directives au jury concernant la défense de commentaire loyal devraient être conformes aux règles établies par la Cour dans *WIC Radio*.
3. Puisque cette affirmation peut également être considérée comme un énoncé de fait, ce qui

responsible communication on a matter of public interest, the trial judge should rule on whether communication of the statement was in the public interest. On the evidence in the first trial, the answer to this question is affirmative. The communication related to issues of government conduct is clearly in the public interest.

4. The jury should be instructed to determine whether publication of the defamatory material was responsible, having regard to the factors enumerated above.

VII. Conclusion

[141] I would dismiss the appeal and the cross-appeal, and affirm the order for a new trial. The respondents should have their costs of the main appeal in this Court.

The following are the reasons delivered by

[142] ABELLA J. — I am in complete agreement with the Chief Justice’s reasons for adding the “responsible communication” defence to Canadian defamation law. I also share her view that determining the availability of this defence entails a two-step analysis: the first to determine whether a publication is on a matter of public interest; and the second to determine whether the standard of responsibility is met. Yet while I agree that the first question is a matter of law for the judge to decide, I do not, with great respect, share her view that the jury should decide the second step. I see very little conceptual difference between deciding whether a communication is in the public interest and whether it is responsibly made. While both inquiries engage questions of fact and law, both are nonetheless predominantly legal issues. As a result, in my view the legal character of deciding whether the applicable standard of responsibility has been met in a given case is,

permet d’invoquer la défense de communication responsable concernant une question d’intérêt public, le juge du procès devrait déterminer si la communication de l’énoncé était dans l’intérêt public. Suivant la preuve présentée lors du premier procès, la réponse à cette question est affirmative. La communication qui concernait des questions relatives à la conduite du gouvernement était manifestement d’intérêt public.

4. Le jury devrait recevoir comme directive de déterminer si la communication des propos diffamatoires a été faite de façon responsable, en tenant compte des facteurs que j’ai énumérés plus tôt.

VII. Conclusion

[141] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi ainsi que le pourvoi incident et de confirmer l’ordonnance relative à la tenue d’un nouveau procès. Les intimés ont droit aux dépens relativement au pourvoi principal devant notre Cour.

Version française des motifs rendus par

[142] LA JUGE ABELLA — Je souscris entièrement aux motifs de la Juge en chef justifiant d’ajouter la défense de « communication responsable » au droit canadien en matière de diffamation. Je partage également son opinion selon laquelle il faut, pour juger de l’applicabilité de ce moyen de défense, procéder à une analyse en deux volets : le premier pour déterminer si la communication concerne une question d’intérêt public; et le deuxième pour déterminer s’il a été satisfait à la norme de la responsabilité. Cela étant dit, bien que je sois d’accord pour dire que la première question en est une de droit qui relève du juge, je ne partage pas, soit dit en tout respect, son opinion selon laquelle le deuxième volet devrait être tranché par le jury. J’estime qu’il n’existe qu’une infime différence conceptuelle entre le fait de décider si une communication est d’intérêt public et celui de déterminer si elle a été faite de façon responsable. Bien que les deux examens supposent de répondre à des questions de fait et de droit, il s’agit

like the public interest analysis, a matter for the judge.

[143] The responsible communication analysis requires that the defendant's interest in freely disseminating information and the public's interest in the free flow of information be weighed against the plaintiff's interest in protecting his or her reputation. This is true no less of the second and determinative step as of the first. The exercise as a whole involves balancing freedom of expression, freedom of the press, the protection of reputation, privacy concerns, and the public interest. Each of these is a complex value protected either directly or indirectly by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336; *Canadian Broadcasting Corporation v. New Brunswick (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 459, at p. 475; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 107; and *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420, at para. 2). Weighing these often competing constitutional interests is a legal determination. It is, therefore, a determination that the judge should undertake.

[144] I accept that the jury's participation in defamation cases is firmly entrenched in the psyche of defamation law and that authorizing judges to decide both steps of the responsible communication analysis leaves juries with a limited role. But I am unpersuaded that it is inconsistent with the statutory scheme to leave the legal issues at stake here with the judge and any disputed facts with the jury. It is worth remembering that such a potentially determinative role for the judge already exists when the defence of absolute or qualified privilege is engaged (Raymond E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 2, at pp. 12-289, 13-405 and 16-136). It is also useful to bear in mind the historical basis

principalement de questions juridiques. En conséquence, je suis d'avis que le caractère juridique de la décision quant à l'atteinte de la norme prescrite de responsabilité dans un cas donné, comme celui de l'analyse de l'intérêt public, en fait une question qui doit être tranchée par le juge.

[143] L'analyse de la communication responsable exige que l'intérêt du défendeur de diffuser librement l'information et l'intérêt du public à ce que l'information circule librement soient mis en balance avec l'intérêt qu'a le demandeur à ce que sa réputation soit protégée. Cela n'est pas moins vrai relativement au deuxième volet déterminant du test qu'en ce qui a trait au premier volet. L'exercice, dans son ensemble, suppose de mettre en balance la liberté d'expression, la liberté de la presse, la protection de la réputation, des préoccupations relatives à la protection de la vie privée et l'intérêt public. Il s'agit dans tous les cas de valeurs complexes protégées directement ou indirectement par la *Charte canadienne des droits et libertés* (*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1336; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459, p. 475; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 107; et *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420, par. 2). Mettre ces intérêts constitutionnels souvent opposés en balance consiste à tirer une conclusion de droit. Il s'agit donc d'une question qu'il appartient au juge de trancher.

[144] J'admets que la participation du jury dans les causes de diffamation est fermement ancrée dans l'esprit du droit en matière de diffamation et que d'autoriser les juges à trancher les deux volets de l'analyse de la communication responsable ne laisse qu'un rôle limité au jury. Je ne suis toutefois pas convaincue que cette approche est incompatible avec le régime législatif qui confie au juge la tâche de décider des questions juridiques et au jury celle de trancher les questions de fait. Il convient de se rappeler que les juges assument déjà un tel rôle potentiellement déterminant lorsque la défense d'immunité absolue ou d'immunité relative est invoquée (Raymond E. Brown, *The Law of Defamation in Canada* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 12-289,

for the jury's preeminent role in defamation cases. It was an outgrowth of Britain's *Libel Act* of 1792 when juries were seen to be necessary as "watchdogs of democratic rights against unrepresentative governments" (New South Wales Law Reform Commission, Report 75, *Defamation* (1995), at para. 3.2, cited in *Australian Broadcasting Corp. v. Reading*, [2004] NSWCA 411 (AustLII), at para. 143). More than two centuries later, this rationale is difficult to sustain, as is the primacy of the jury's role (Brown, vol. 3, at p. 17-115; *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2005] EWCA Civ 74, [2005] 4 All E.R. 356, at para. 70, per Lord Phillips, M.R.; *Gatley on Libel and Slander* (11th ed. 2008), at p. 1241; and David A. Anderson, "Is Libel Law Worth Reforming?" (1991-1992), 140 *U. Pa. L. Rev.* 487, at p. 540).

[145] By adopting the responsible communication defence, we are recognizing the sophistication and constitutional complexity of defamation cases involving communications on matters of public interest. What is most important is protecting the integrity of the interests and values at stake in such cases. This defence is a highly complex legal determination with constitutional dimensions. That takes it beyond the jury's jurisdiction and squarely into judicial territory.

[146] Other than this concern over the proper division of labour between judge and jury, I agree with the Chief Justice's reasons and with her decision to order a new trial.

APPENDIX

Cottagers teed off over golf course

Long-time Harris backer awaits Tory nod on plan

13-405 et 16-136). Il est également utile de garder à l'esprit le fondement historique du rôle prépondérant du jury dans les causes en matière de diffamation. Il découle de la *Libel Act* de 1792 britannique selon laquelle les jurys étaient perçus comme les nécessaires [TRADUCTION] « chiens de garde des droits démocratiques face aux gouvernements non représentatifs » (New South Wales Law Reform Commission, Rapport 75, *Defamation* (1995), par. 3.2, cité dans *Australian Broadcasting Corp. v. Reading*, [2004] NSWCA 411 (AustLII), par. 143). Plus de deux siècles plus tard, ce raisonnement est difficilement soutenable, tout comme la primauté du rôle du jury (Brown, vol. 3, p. 17-115; *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2005] EWCA Civ 74, [2005] 4 All E.R. 356, par. 70, lord Phillips, maître des rôles; *Gatley on Libel and Slander* (11^e éd. 2008), p. 1241; et David A. Anderson, « Is Libel Law Worth Reforming? » (1991-1992), 140 *U. Pa. L. Rev.* 487, p. 540).

[145] En adoptant la défense de communication responsable, nous reconnaissons la subtilité et la complexité constitutionnelle des causes en matière de diffamation relatives à des communications concernant des questions d'intérêt public. Il importe avant tout de protéger l'intégrité des intérêts et des valeurs en cause dans de tels litiges. L'application du moyen de défense dont il est question en l'espèce suppose de trancher une question de droit très complexe ayant des dimensions constitutionnelles. C'est ce qui en fait une question qui outrepassse la compétence du jury et qui la situe clairement dans le domaine qui relève du juge.

[146] Mis à part cette préoccupation quant au partage approprié des tâches entre le juge et le jury, je souscris aux motifs de la Juge en chef et à sa décision d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

ANNEXE

[TRADUCTION]

Résidents verts de rage à propos d'un terrain de golf

Un partisan de longue date de Mike Harris attend l'aval des conservateurs quant à son projet

Bill Schiller

FEATURE WRITER

Saturday Special

NEW LISKEARD — During the past decade, millionaire lumber magnate Peter Grant — one of the most powerful business people in northern Ontario — has been generous with Mike Harris and the Conservatives.

In 1990, Grant, through his companies, gave Harris more than \$14,000 to help him win the Conservative leadership.

In 1999, Grant poured \$45,000 into Conservative pockets to speed their re-election, — followed by another \$21,000 last year.

Of this \$80,000, at least \$5,000 went to Natural Resources Minister John Snobelen and his Mississauga riding association.

But Peter Grant also wants something from the government.

Here, on a tiny peninsula on a cottage-speckled lake, where families have come for generations, Grant wants to take three small golf holes on his property and expand them into a 3,290-yard, nine-hole course.

To do so, he needs the Harris government — with the support of Snobelen's ministry — to sell him 10.5 hectares of crown land and approve the project.

The planned course will be private, so private in fact, it will be for Grant's own "personal use and enjoyment."

But in the minds of many who own cottages here on Twin Lakes, about 500 kilometres north of Toronto, Grant's dream of carving a course out of the northern wilderness for his own pleasure, is a nightmare.

"Herbicides, pesticides, fertilizers, will all wash into our lake," insists Bonnie Taylor, who might be forgiven for sounding a little proprietary. Her pioneering family first built on this spring-fed lake nearly 60 years ago.

Last winter, she wrote the province to say she's worried about the impact the course could have on lake and

Bill Schiller

JOURNALISTE D'ENQUÊTE

Reportage spécial

NEW LISKEARD — Au cours des dix dernières années, M. Peter Grant, richissime magnat de l'industrie du bois d'œuvre — un des plus puissants hommes d'affaires du Nord de l'Ontario — s'est montré généreux envers Mike Harris et les conservateurs.

En 1990, par l'intermédiaire de ses entreprises, M. Grant a donné plus de 14 000 \$ à M. Harris pour l'aider à devenir le chef du Parti progressiste-conservateur de l'Ontario.

En 1999, M. Grant a versé 45 000 \$ dans les coffres des conservateurs pour contribuer à leur réélection et, l'an dernier, il leur a donné 21 000 \$.

De ce total de 80 000 \$, au moins 5 000 \$ sont allés au ministre des Richesses naturelles, M. John Snobelen, et à son association de circonscription de Mississauga.

Mais M. Peter Grant attend aussi quelque chose en retour du gouvernement.

Ici, sur une petite presqu'île qui s'avance dans un lac aux rives parsemées de chalets, où des familles viennent depuis plusieurs générations, M. Grant veut agrandir le petit parcours de golf de trois trous situé sur sa propriété et en faire un parcours de neuf trous de 3 290 verges.

Toutefois, pour y arriver, il a besoin que le gouvernement Harris — avec l'appui du ministère de M. Snobelen — lui vende 10,5 hectares de terres publiques et approuve son projet.

Le parcours projeté sera privé, si privé en fait qu'il sera réservé « à l'usage et à l'agrément personnels » de M. Grant.

Cependant, pour de nombreuses personnes possédant des chalets sur les rives des lacs Twin, à quelque 500 kilomètres au nord de Toronto, le rêve de M. Grant d'aménager pour son propre agrément un terrain de golf dans les régions sauvages du Nord constitue plutôt un cauchemar.

« Les herbicides, les pesticides et les fertilisants ruisselleront dans notre lac », insiste M^{me} Bonnie Taylor, dont on peut sans doute excuser les élans de possessivité. En effet, sa famille a été la première, il y a près de 60 ans, à s'établir sur les rives de ce lac alimenté par des sources.

L'hiver dernier, elle a écrit au gouvernement provincial pour faire part de son inquiétude à l'égard des

well water — especially, she said, “with Walkerton still fresh on everyone’s mind.”

For his part, Grant refuses to be interviewed.

“Our client . . . does not intend to discuss his personal affairs with you,” his lawyers informed The Star by letter.

When a Star photographer went to take pictures at the site this month, men the OPP believe were Grant employees, accused the photographer of trespassing. They then tried to drive the photographer’s vehicle off a public road, and finally followed the photographer out of town for almost 20 kilometres.

But for concerned cottagers back at lakeside — the issue is water.

Grant already has provincial permission to draw as much as 300,000 litres per day from the lake to water his three golf holes.

According to environment ministry guidelines, the same amount of treated water could support a community of 750 to 1,500 people.

And ratepayers worry that if Grant’s plan goes ahead, his need for water will grow.

It’s a worry not without foundation: some 18-hole golf courses in the north have provincial permits to take as much as 2.2 million litres of water per day.

Grant’s expanded course would also clear trees from almost 23.5 hectares in total: 10.5 hectares of crown land, and another 13 hectares of privately held land he also intends to buy for the project.

Perhaps most worrisome from the cottagers’ perspective, planning documents show the course will use \$20,000 worth of pesticides annually, including small amounts of Daconil, a highly effective pesticide that is also highly toxic to fish and invertebrates.

But locals aren’t the only ones concerned about Grant’s plans. Officials from the Ministry of Natural Resources are too. Currently conducting a limited environmental assessment, they’ve informed Grant of at least a dozen

répercussions que pourrait avoir le terrain de golf sur l’eau du lac et des puits, particulièrement, a-t-elle dit, « en raison du fait que les événements de Walkerton sont encore frais dans notre mémoire ».

Quant à M. Grant, il a refusé d’être interviewé.

« Notre client [. . .] n’a pas l’intention de discuter ses affaires personnelles avec vous », ont fait savoir les avocats de M. Grant dans une lettre adressée au Star.

Lorsqu’un photographe du Star s’est rendu aux lacs Twin ce mois-ci pour prendre des photos de l’endroit, il s’est fait accuser d’intrusion dans une propriété privée par des hommes que la Police provinciale de l’Ontario croit être des employés de M. Grant. Ces derniers ont alors essayé de faire quitter la voie publique au véhicule du photographe, après quoi ils ont suivi ce dernier à l’extérieur de la ville pendant près de 20 kilomètres.

Mais c’est la question de l’eau qui préoccupe les propriétaires des chalets bordant le lac.

En effet, M. Grant est déjà autorisé par le ministère provincial à puiser quotidiennement jusqu’à 300 000 litres d’eau dans le lac pour arroser son terrain de trois trous.

Selon les normes du ministère de l’Environnement, la même quantité d’eau traitée pourrait répondre aux besoins d’une collectivité de 750 à 1 500 personnes.

En outre, les contribuables craignent que, si le projet de M. Grant se concrétise, ses besoins en eau augmentent.

Cette inquiétude n’est pas sans fondement : certains terrains de golf dans le Nord de la province sont autorisés à puiser jusqu’à 2,2 millions de litres d’eau par jour.

Pour agrandir le terrain de golf de M. Grant, il faudrait également abattre des arbres sur une superficie totale de près de 23,5 hectares : 10,5 hectares de terres publiques, ainsi que 13 hectares de terres privées que M. Grant entend également acheter pour mener à bien son projet.

Mais ce qui inquiète peut-être encore davantage les propriétaires de chalet, c’est le fait que, selon les documents de planification, on prévoit utiliser annuellement 20 000 \$ en pesticides pour le terrain de golf, y compris de faibles quantités de Daconil, un pesticide très efficace, mais également hautement toxique pour les poissons et les invertébrés.

Les gens de l’endroit ne sont toutefois pas les seuls à être inquiets des projets de M. Grant. Les fonctionnaires du ministère des Richesses naturelles le sont eux aussi. Dans le cadre de l’évaluation environnementale

concerns they have about the project, from potential effects on water quality, to the impact on lake levels.

Grant's consultants are preparing a response.

But the ministry's concerns are small comfort to cottagers.

They know the expressed concerns of government officials don't always mean much when it comes to development projects led by supporters of the Premier.

“Everyone thinks it's a done deal because of Grant's influence — but most of all his Mike Harris ties,” says Lorrie Clark, who owns a cottage on Twin Lakes.

Earlier this year, the local cottagers' association invited Grant's consultants, as well as ministry officials to a meeting to discuss Grant's proposal. A number of cottagers brought copies of a Toronto Star article detailing how the Premier's best friend Peter Minogue complained “at political levels” to try to get his North Bay golf course and subdivision approved in the face of opposition from the Ministry of Natural Resources.

Minogue's partners in that venture, known as Osprey Links, included the president of Harris' riding association and a veritable Who's Who of Harris' North Bay friends. Ministry objections were overruled just 12 days after a senior bureaucrat warned by memo that Minogue had begun complaining.

With that experience in mind, lawyer Peter Ramsay, a ratepayer and cottager rose at the public meeting here and put his concerns bluntly.

“Is this (Grant) project going to be decided by the Ministry of Natural Resources?” he asked officials present. “Or is it going to be decided by Queen's Park?”

A ministry official at the meeting, Greg Gillespie, said he couldn't speak for what happens at Queen's Park.

restreinte à laquelle ils procèdent actuellement, ces derniers ont signalé à M. Grant au moins une douzaine d'inquiétudes que suscite selon eux le projet, inquiétudes allant de ses possibles répercussions sur la qualité de l'eau du lac jusqu'à son impact sur le niveau de celui-ci.

Les experts-conseils de M. Grant préparent leur réponse.

Mais les inquiétudes soulevées par le ministère sont loin d'apaiser celles des propriétaires de chalet.

Ces derniers savent que les inquiétudes exprimées par des fonctionnaires ne pèsent parfois pas bien lourd lorsqu'il est question de projets de développement menés par des partisans du premier ministre.

« Tout le monde pense que c'est un fait accompli en raison de l'influence qu'exerce M. Grant, mais plus encore en raison de ses liens avec Mike Harris », affirme Lorrie Clark, propriétaire d'un chalet sur les bords des lacs Twin.

Plus tôt cette année, l'association des propriétaires de chalet de l'endroit a invité à une réunion les experts-conseils de M. Grant, ainsi que des fonctionnaires du ministère, pour discuter du projet de M. Grant. Un certain nombre de propriétaires de chalet ont apporté des copies d'un article du Toronto Star relatant que le meilleur ami du premier ministre, M. Peter Minogue, s'était adressé « aux instances politiques » afin de tenter de faire approuver son projet de terrain de golf et de lotissement à North Bay devant l'opposition du ministère des Richesses naturelles.

Au nombre des partenaires de M. Minogue dans ce projet, appelé Osprey Links, figuraient le président de l'association de la circonscription de Mike Harris et le gratin des relations de ce dernier à North Bay. Les objections du ministère ont été écartées seulement 12 jours après qu'un haut fonctionnaire eût souligné dans une note de service que M. Minogue avait commencé à se plaindre.

Ayant sans doute cette situation à l'esprit, M^{re} Peter Ramsay, contribuable et propriétaire d'un chalet dans la localité, n'a pas mâché ses mots lorsqu'il a fait part de ses inquiétudes lors de la réunion publique.

« Est-ce que ce sera le ministère des Richesses naturelles qui prendra la décision à propos de ce projet [de M. Grant]? » a-t-il demandé aux fonctionnaires présents, « Ou bien Queen's Park? »

Un fonctionnaire du ministère présent à la réunion, Greg Gillespie, a dit qu'il ne pouvait pas se prononcer sur ce qui se passe à Queen's Park.

“But we did our job,” he said of the Osprey experience.

Such suspicions and anxiety over the approval process have set the stage for a classic confrontation, which — in the cottagers’ view — pits the public good of ordinary Ontarians, many of whom are senior citizens, against a single, powerful, private interest: Peter Grant.

“This is a development that is not in the public interest,” cottage owner Clark emphasizes, “but only a very private one.”

For an outsider, however, looking at the history of the lake, one might think Grant is fighting an uphill battle.

After all, in 1985 the Ontario Municipal Board shut down a proposal to build a small subdivision on Twin Lakes out of concerns about potential environmental damage.

The board — a kind of court of appeal for developers and citizens who disagree on a development — sided with a consultant who argued that the lake was too sensitive, teetering on overdevelopment with 200 cottages, and any additional building might constitute an environmental hazard.

Those arguments won the day.

But Grant is undaunted.

Today, the same consultant who convinced the board to block that development more than 15 years ago, now consults for Grant.

Michael Michalski argues that Grant’s development can be built with minimum impact and that “everything feasible” will be done to keep contaminants on site.

Not to be outdone, local citizens have hired their own consultants, Gartner Lee. They say neither Michalski nor anyone else can guarantee the lake’s safety.

And so the scientific lines have been drawn in the sand.

But if politics and power were to have any bearing on the matter, some feel Grant would have the upper hand.

« Mais nous avons fait notre travail », a-t-il affirmé au sujet d’Osprey Links.

La méfiance et l’anxiété que suscite le processus d’approbation ont ouvert la voie à une confrontation typique, qui — de l’avis des propriétaires de chalet — oppose le bien-être d’Ontariens ordinaires, dont de nombreuses personnes âgées, aux intérêts privés d’une seule personne influente, Peter Grant.

« Ce projet de développement ne sert pas l’intérêt public », a insisté M^{me} Clark, propriétaire de chalet, « mais seulement des intérêts essentiellement privés. »

Toutefois, quelqu’un de l’extérieur pourrait considérer, vu l’histoire du lac, que le succès de la démarche de M. Grant est loin d’être acquis.

Après tout, en 1985, la Commission des affaires municipales de l’Ontario a rejeté un projet de petit lotissement aux lacs Twin, par crainte de possibles dommages environnementaux.

La Commission — sorte de tribunal d’appel à l’intention des promoteurs et citoyens qui s’opposent à l’égard d’un projet de développement — a retenu les arguments d’un expert-conseil qui affirmait que le lac était trop fragile, que la présence de 200 chalets frôlait déjà la surexploitation immobilière et que toute construction additionnelle pourrait constituer un risque pour l’environnement.

Ces arguments l’ont emporté.

Mais il en faut plus pour décourager M. Grant.

Aujourd’hui, le même expert-conseil qui a convaincu la Commission d’empêcher le lotissement il y a plus de quinze ans a maintenant été retenu par M. Grant.

En effet, Michael Michalski affirme que le projet de M. Grant peut être réalisé tout en réduisant au minimum ses répercussions et que « tous les moyens possibles » seront pris pour que les contaminants ne s’échappent pas du site.

Pour ne pas être en reste, les citoyens de la localité ont eux aussi retenu leurs propres experts-conseils, la société Gartner Lee, selon qui ni M. Michalski ni personne d’autre ne saurait garantir que le lac ne sera pas touché.

Les positions scientifiques respectives des parties sont donc bien arrêtées.

Mais certains estiment que, si les relations politiques et le pouvoir devaient jouer un rôle dans le dossier, c’est M. Grant qui aurait gain de cause.

In this rough and rugged stretch of northern Ontario, where local economies depend largely on timber and tourism, Grant is a powerful presence.

His company, Grant Forest Products, is an important local employer. The company's radio ads, which continually remind locals that Grant is "using our forests wisely," are part of public consciousness. And every autumn, a charity golf tournament Grant holds using two public courses — the tournament culminates at his mini-course — heralds the high point of this area's social season. It always makes front-page news.

So did the Premier's visit here last fall, when he attended a post-tournament reception for more than 600 at Grant's palatial home.

Grant, who has been running the event since 1998, proudly presented a cheque that day for \$300,000 to help build a local senior's home.

Press accounts note that he's raised about \$1 million for local causes, including area golf courses, over three years.

Up north, the charity event has distinguished him.

So has his selection of lobbyists down south at Queen's Park.

When it comes to looking after business interests there, Grant depends on North Bay lobbyist Peter Birnie. Records at Elections Ontario show Birnie is vice-president of Harris' riding association.

Meanwhile, on the personal front, Grant maintains a reputation for living large.

His home and corporate compound in the bush dwarfs the dozens of cottages that surround it.

His 14,500 square-foot house on 4.5 hectares of lavishly landscaped property, was once appraised at \$1.9 million. Neighbours note the occasional helicopter coming and going through the bush.

The seven-bedroom main house has an indoor squash court with viewing gallery, a fully equipped gymnasium, and a Jacuzzi that can accommodate 15 people.

Dans cette région sauvage du Nord de l'Ontario, où les économies régionales sont largement tributaires du bois d'œuvre et du tourisme, M. Grant est un homme puissant.

Son entreprise, Grant Forest Products, est un important employeur de la localité. Les publicités radiophoniques de la compagnie, qui rappellent sans cesse aux gens du coin que M. Grant « exploite sagement les ressources forestières », font partie de la conscience collective. En outre, chaque automne, le tournoi de golf de bienfaisance qu'organise M. Grant sur deux terrains de golf publics — et qui se termine sur son mini-parcours — constitue le point culminant des activités mondaines de la région. Cet événement fait immanquablement la manchette.

La visite du premier ministre a également fait la une l'automne dernier, lorsque celui-ci a assisté à la réception donnée après le tournoi pour plus de 600 personnes à la somptueuse propriété de M. Grant.

Ce dernier, qui organise le tournoi depuis 1998, a fièrement remis ce jour-là un chèque de 300 000 \$ en vue d'aider à la construction d'une résidence pour personnes âgées dans la région.

Selon les médias, il a recueilli environ un million de dollars en trois ans pour appuyer certaines causes dans la région, notamment au profit de terrains de golf.

Dans le Nord de la province, c'est par cet événement caritatif qu'il se distingue.

Dans le Sud, à Queen's Park, c'est par son choix de lobbyists.

En effet, pour y défendre ses intérêts commerciaux, M. Grant s'en remet au lobbyiste de North Bay, Peter Birnie. Selon les dossiers d'Élections Ontario, M. Birnie est vice-président de l'association de circonscription de M. Harris.

Par ailleurs, sur le plan personnel, M. Grant a la réputation de mener grand train.

Sa demeure et ses bureaux administratifs, construits en pleine nature, donnent un air lilliputien aux dizaines de chalets avoisinants.

Sa maison de 14 500 pieds carrés, bâtie sur un terrain de 4,5 hectares luxueusement aménagé, a déjà été évaluée à 1,9 million de dollars. De temps à autre, les voisins voient des hélicoptères s'y poser.

La résidence principale compte sept chambres, ainsi qu'un court de squash intérieur avec gradins, un gymnase tout équipé et un jacuzzi pouvant accueillir 15 personnes.

Outside, tennis courts are equipped with banks of lights that illuminate the night sky. And down on the water, there's a 1,500-square-foot boat house.

There is also his three-hole mini-course — that Grant calls Frog's Breath — which can be configured to play as a tiny five.

Records show these holes were built on almost three hectares of crown land, which the province sold to Grant in April, 1998 for \$20,000.

But records also show that two months earlier, in February, 1998, Grant had also applied to buy the 10.5 hectares he's still pursuing today.

These developments have residents up in arms.

"It's difficult living here and watching all this go on," says Nancy Kramp, a mother of four who, like Grant, lives permanently on Twin Lakes.

"It used to be dead silence out here. There was nothing but the sounds of wildlife. Now, there are always (golf course) machines running."

Kramp can't comprehend how the provincial government can think of selling 10.5 hectares of land so that one man may build a golf course for his own enjoyment.

She remembers a run-in she had with the Ministry of Natural Resources not so long ago over a sandbox.

"Around 1994, the ministry told us to move a sandbox we'd erected for our son," Kramp recalls, "four planks with sand in the middle, because it was on crown land. This sandbox seemed to be interfering with the natural habitat of the area. And now a nine-hole golf course is okay?"

It's not okay yet.

The Harris government has not sold the property to him.

Still, local politicians are preparing the way.

Today, five politicians who represent the people of Hudson Township here (population: 501), are scheduled to meet to discuss a motion to amend local zoning

À l'extérieur, les projecteurs des courts de tennis illuminent le ciel le soir tombé. Et, plus bas, sur les rives du lac, on trouve une remise à bateaux de 1 500 pieds carrés.

Le domaine compte également un parcours de golf de trois trous — appelé « Frog's Breath » par M. Grant — qui peut être aménagé en un petit parcours de cinq trous.

Il ressort de certains documents que ce parcours a été aménagé sur près de trois hectares de terres publiques, que la province a vendues à M. Grant en avril 1998 pour la somme de 20 000 \$.

Ces documents révèlent également que deux mois plus tôt, en février 1998, M. Grant avait aussi présenté une demande pour acheter les 10,5 hectares qu'ils cherchent toujours à acquérir aujourd'hui.

Ce sont ces démarches qui soulèvent l'ire des résidents.

« Ce n'est pas facile de vivre ici et d'être témoin de tout ça », affirme M^{me} Nancy Kramp, qui est mère de quatre enfants et qui, tout comme M. Grant, vit toute l'année sur les rives des lacs Twin.

« Avant, c'était la tranquillité totale ici. On n'entendait que les sons de la nature. Maintenant, il y a toujours des bruits de machines (venant du terrain de golf). »

Madame Kramp n'arrive pas à comprendre comment le gouvernement provincial peut envisager de vendre 10,5 hectares de terrain à un particulier pour qu'il y construise un terrain de golf pour son usage personnel.

Elle se rappelle la prise de bec qu'elle a eu assez récemment avec un fonctionnaire du ministère des Richesses naturelles à propos d'un « carré de sable ».

« Aux alentours de 1994, se remémore M^{me} Kramp, le ministère nous a demandé de déplacer un carré de sable — quatre planches et du sable — que nous avions construit pour notre fils, et ce, parce qu'il se trouvait sur des terres publiques. Ce carré de sable nuisait, semble-t-il, à l'habitat naturel dans la région. Mais aujourd'hui, un terrain de golf de neuf trous serait acceptable? »

Le projet n'a pas encore été jugé acceptable.

Le gouvernement Harris n'a pas vendu le terrain à M. Grant.

Toutefois, des politiciens de la région sont en train de frayer la voie.

Cinq politiciens représentant la population du canton de Hudson (501 habitants) doivent se rencontrer aujourd'hui pour discuter d'une motion visant à modifier

bylaws and, according to a published notice, “permit the construction of a personal golf course — for the personal use of the property owner.”

Local councillor Clinton Edwards says he doesn’t really want to say whether he’ll support it.

“I’m in a bit of a bind here,” he says, somewhat haltingly. “My wife works for him (Grant). Employment is very hard to get up here,” he adds.

News of impending zoning changes even before the government has sold Grant the land makes some cottagers distrustful about what might happen next.

“The people on this lake aren’t mega-millionaires,” says Alexandra Skindra, mother, grandmother and property owner.

“They’re just regular people. Hard-working people. This shouldn’t be happening.”

Skindra and her husband Arkadis, 68, a retired nuclear plant designer, were planning on spending their retirement on the lake.

“I grew up here,” explains Alexandra. “My kids grew up here. And I was hoping our five grandchildren could come here every summer.”

“We don’t have anything against Peter,” Arkadis offers, hammer in hand as he renovates the front room of their cottage overlooking the water.

“But I can’t see how this can go ahead and not damage the lake and the environment.”

Down the way, Ira and Marion Murphy have spent 56 years on a tiny stretch of land that joins Twin Lakes with neighbouring Frere Lake.

Looking trim at 75, Ira, a retired Hydro supervisor, can point to the shore where he built a two-storey tree house for his granddaughters 18 summers ago.

For him, lake life is a precious thing, something interwoven with family.

“You know, we’ve known Peter since he was 3 years old,” says Murphy, a handsome, gray-haired man with a taste for the outdoors.

le règlement de zonage local et, selon un avis public, « à permettre la construction d’un terrain de golf personnel — pour l’usage personnel du propriétaire ».

Le conseiller municipal Clinton Edwards dit qu’il ne tient pas vraiment à dire s’il appuiera ou non la motion.

« Je me sens un peu entre l’arbre et l’écorce sur cette question », dit-il avec une certaine hésitation. Puis il ajoute : « Mon épouse travaille pour lui [M. Grant]. Il est très difficile de se trouver un emploi dans la région. »

L’information selon laquelle on s’apprêterait à modifier de façon imminente le règlement de zonage, avant même que le gouvernement n’ait vendu le terrain à M. Grant, rend certains propriétaires de chalet méfiants au sujet de la suite des événements.

« Les gens qui habitent autour du lac ne sont pas des multimillionnaires », affirme M^{me} Alexandra Skindra, mère, grand-mère et propriétaire de chalet.

« Ce sont juste des gens ordinaires. Des gens qui travaillent fort. Ce genre de situation ne devrait pas se produire. »

Madame Skindra et son mari, M. Arkadis, concepteur de centrale nucléaire, âgé de 68 ans et maintenant à la retraite, avaient prévu couler paisiblement leur retraite au lac.

« J’ai grandi ici, explique M^{me} Skindra. Mes enfants ont grandi ici. Et j’espérais que mes cinq petits-enfants pourraient venir ici tous les étés. »

« Nous n’avons rien contre Peter », fait remarquer M. Arkadis, marteau à la main, pendant qu’il rénove la pièce qui donne sur le lac à l’avant de son chalet.

« Mais je ne vois pas comment ce projet peut être réalisé sans causer de dommages au lac et à l’environnement. »

Au bout du chemin, Ira et Marion Murphy ont passé 56 ans sur un lopin de terre qui relie les lacs Twin au lac voisin, le lac Frère.

Encore svelte à 75 ans, M. Murphy, ancien superviseur à Hydro Ontario, maintenant à la retraite, peut indiquer du doigt l’endroit sur la rive où il a construit dans un arbre, 18 étés plus tôt, une cabane de deux étages pour ses petites-filles.

Pour lui, la vie au lac est une chose précieuse, intimement liée à la vie familiale.

« Vous savez, nous connaissons Peter depuis qu’il a trois ans », affirme M. Murphy, un bel homme aux cheveux gris affectionnant la vie au grand air.

“We’ve got nothing against him. We’re just concerned about the lake, that’s all.”

Rudi Ptok, 71, says he’s worried about run-off, and not just with pesticides, he says, but with the 400 kilograms of fertilizers per year that will be needed to keep Grant’s course green too.

“They’re probably going to have to blast out rock to build too,” he says.

Ptok says Grant’s consultants have confirmed they may well have to dynamite.

Looking worriedly out at the lake, Ptok says, “I don’t even want to think about it.”

(A.R., vol. XI, at pp. 4-12)

Appeal and cross-appeal dismissed, with costs of the appeal in this Court to the respondents.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ottawa Citizen: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, RTNDA Canada/ Association of Electronic Journalists, Magazines Canada, the Canadian Association of Journalists, the Canadian Journalists for Free Expression, the Writers’ Union of Canada, the Professional Writers Association of Canada, the Book and Periodical Council, and PEN Canada: Brian MacLeod Rogers, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Broadcasting Corporation: Canadian Broadcasting Corporation, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Torys, Toronto.

« Nous n’avons rien contre lui. C’est uniquement le sort du lac qui nous préoccupe, c’est tout. »

Monsieur Rudi Ptok, 71 ans, dit s’inquiéter des effets du ruissellement, et ce, non seulement des pesticides, mais également des 400 kilogrammes de fertilisants qui seront nécessaires chaque année pour maintenir vert le gazon du parcours de golf de M. Grant.

« De plus, ils devront probablement dynamiter du roc pour aménager le terrain », dit-il.

Monsieur Ptok affirme que les experts-conseils de M. Grant ont confirmé qu’il pourrait fort bien être nécessaire de recourir au dynamitage.

« Je ne veux même pas y penser », dit M. Ptok, en jetant un regard soucieux vers le lac.

(d.a., vol. XI, p. 4-12)

Pourvoi et pourvoi incident rejetés, avec dépens relativement au pourvoi principal devant notre Cour en faveur des intimés.

Procureurs des appelants/intimés à l’appel incident : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Procureurs des intimés/appellants à l’appel incident : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l’intervenant Ottawa Citizen : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs des intervenants l’Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, ACDIRT Canada/ Association des journalistes électroniques, Magazines Canada, l’Association canadienne des journalistes, les Journalistes canadiens pour la liberté d’expression, Writers’ Union of Canada, Professional Writers Association of Canada, Book and Periodical Council et PEN Canada : Brian MacLeod Rogers, Toronto.

Procureur de l’intervenante la Société Radio-Canada : Société Radio-Canada, Toronto.

Procureurs de l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles : Torys, Toronto.

*Solicitors for the intervener Danno Cusson:
Heenan Blaikie, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant Danno Cusson :
Heenan Blaikie, Ottawa.*

Douglas Quan, Kelly Egan, Don Campbell, Ottawa Citizen, Ottawa Citizen Group Inc. and Southam Publications (A CanWest Company) *Appellants*

v.

Danno Cusson *Respondent*

and

Globe and Mail, Toronto Star Newspapers Limited, Canadian Broadcasting Corporation, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, RTNDA Canada/ Association of Electronic Journalists, Canadian Publishers' Council, Magazines Canada, Canadian Association of Journalists, Canadian Journalists for Free Expression, Writers' Union of Canada, Professional Writers Association of Canada, Book and Periodical Council, PEN Canada, Peter Grant and Grant Forest Products Inc. *Interveners*

INDEXED AS: QUAN v. CUSSON

Neutral citation: 2009 SCC 62.

File No.: 32420.

2009: February 17; 2009: December 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Torts — Defamation — Defences — Responsible communication on matters of public interest — Police constable suing newspaper and reporters for libel after articles were published alleging that he had misrepresented himself and possibly interfered with rescue operations at Ground Zero — Court of Appeal recognizing new responsible journalism defence but denying defendants its protection because they had not advanced it at

Douglas Quan, Kelly Egan, Don Campbell, Ottawa Citizen, Ottawa Citizen Group Inc. et Southam Publications (une société CanWest) *Appelants*

c.

Danno Cusson *Intimé*

et

Globe and Mail, Toronto Star Newspapers Limited, Société Radio-Canada, Association canadienne des libertés civiles, Association canadienne des journaux, Ad IDEM/ Canadian Media Lawyers Association, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Canadian Publishers' Council, Magazines Canada, Association canadienne des journalistes, Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, Writers' Union of Canada, Professional Writers Association of Canada, Book and Periodical Council, PEN Canada, Peter Grant et Grant Forest Products Inc. *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : QUAN c. CUSSON

Référence neutre : 2009 CSC 62.

N° du greffe : 32420.

2009 : 17 février; 2009 : 22 décembre.

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

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

Responsabilité délictuelle — Diffamation — Moyens de défense — Communication responsable concernant des questions d'intérêt public — Action en libelle difamatoire par un agent de police contre un journal et des journalistes ayant publié des articles alléguant qu'il s'était présenté sous un faux jour et qu'il avait possiblement nuí aux opérations de sauvetage à Ground Zero — Cour d'appel reconnaissant un nouveau moyen

trial — Whether common law of defamation should be modified to accord stronger protection to defamatory statements of fact published responsibly — If so, whether defendants should be able to avail themselves of new defence of responsible communication on matters of public interest at a new trial.

C was an Ontario police constable who, shortly after the events of September 11, 2001 and without permission from his employer, travelled to New York City to assist with the search and rescue effort at Ground Zero. A newspaper published articles alleging that C had misrepresented himself to the authorities in New York and possibly interfered with the rescue operation. C brought a libel action against the newspaper and the reporters. At trial, the defendants pleaded qualified privilege and did not rely on the defence known in England as “responsible journalism” which, at the time, had not yet been recognized as a distinct defence by any Canadian court. The trial judge rejected the defendants’ claim of qualified privilege and put the case to the jury to decide whether the defence of truth had been made out. The jury found that many but not all of the factual imputations in the articles had been proven true, and awarded C general damages. The Court of Appeal upheld that decision. The court took the opportunity to establish a responsible journalism defence in Ontario law, but held that the defendants were not entitled to a new trial and the protection of the new defence because they had not advanced the defence at trial.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The defence of responsible communication on matters of public interest recognized in *Grant v. Torstar Corp.* is applicable where the publication is on a matter of public interest and, having regard to the relevant factors, the publisher was diligent in trying to verify the allegations. The public interest test is clearly met here, as the Canadian public has a vital interest in knowing about the professional misdeeds of those who are entrusted by the state with protecting public safety. The defendants’ liability therefore hinges on whether they were diligent in trying

de défense de journalisme responsable, mais empêchant les défendeurs de s’en prévaloir parce qu’ils ne l’ont pas invoqué au procès — Y a-t-il lieu de modifier les règles de common law en matière de diffamation afin d’offrir une plus grande protection aux énoncés de fait diffamatoires publiés de façon responsable? — Si oui, les défendeurs devraient-ils pouvoir invoquer le nouveau moyen de défense de communication responsable concernant des questions d’intérêt public dans le cadre d’un nouveau procès?

C, un agent de la police ontarienne, s’est rendu à New York peu après les événements du 11 septembre 2001 — sans autorisation de son employeur — pour participer aux opérations de recherche et de sauvetage à Ground Zero. Un quotidien a publié des articles indiquant que C s’était présenté sous un faux jour aux autorités new-yorkaises et qu’il avait possiblement nuï aux opérations de sauvetage. C a entamé une action en libelle diffamatoire contre le journal et les journalistes. Au procès, les défendeurs ont invoqué la défense d’immunité relative, mais ne se sont pas appuyés sur la défense reconnue en Angleterre comme la défense de « journalisme responsable », laquelle n’avait pas encore été reconnue comme moyen de défense distinct par les tribunaux canadiens. Le juge de première instance a rejeté la défense d’immunité relative opposée par les défendeurs et a soumis l’affaire à l’appréciation du jury pour qu’il détermine si la défense de véracité devait être retenue. Le jury a conclu que la véracité de plusieurs, mais pas de la totalité, des imputations factuelles dans les articles avait été établie et a accordé des dommages-intérêts généraux à C. La Cour d’appel a confirmé la décision. La cour a saisi l’occasion pour reconnaître l’existence de la défense de journalisme responsable en droit ontarien, mais a conclu que les défendeurs n’avaient pas droit à un nouveau procès et à la protection du nouveau moyen de défense parce qu’ils n’ont pas soulevé ce moyen au procès.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la tenue d’un nouveau procès est ordonnée.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein et Cromwell : La défense de communication responsable concernant des questions d’intérêt public reconnue dans l’arrêt *Grant v. Torstar Corp.* s’applique lorsque la communication concerne une question d’intérêt public et, compte tenu des facteurs pertinents, lorsque le diffuseur s’est efforcé avec diligence de vérifier les allégations. En l’espèce, le critère de l’intérêt public a manifestement été rempli, puisque la population canadienne a un intérêt fondamental à connaître les fautes professionnelles commises par les personnes auxquelles l’État confie la tâche

to verify the allegations prior to publication, and it will be for the jury at a new trial to decide whether the articles met this standard of responsibility. [28] [31-32]

An appellate court may depart from the general rule and entertain a new issue where the interests of justice require it and where the court has a sufficient evidentiary record and findings of fact to do so. In this case, it is open to question whether the issue argued on appeal was genuinely “new” in the sense of being legally and factually distinct from the issues litigated at trial. The arguments on qualified privilege and responsible journalism were both directed toward the same fundamental question: whether the newspaper and its reporters enjoyed a privilege to publish the impugned material on grounds of public interest and due diligence. In any event, the deficiencies in the evidentiary foundation are largely immaterial in this case because the ultimate determination of responsibility is a matter for the jury, and a proper evidentiary record can be established at a new trial. [37] [39-41]

The interests of justice favour allowing the defendants the opportunity to avail themselves of the change in the law brought about by this litigation on a new trial. Under s. 134(6) of the Ontario *Courts of Justice Act*, a court hearing an appeal of a civil matter may only order a new trial if “some substantial wrong or miscarriage of justice has occurred”. This test is met. The plaintiff will suffer no undue prejudice from a new trial other than costs. The defendants, on the other hand, would be seriously disadvantaged by being deprived of the opportunity to avail themselves of the responsible communication defence which their appeal was responsible for developing. If it turns out that the defence is found to apply to the articles in question, such a deprivation would amount to an injustice. Furthermore, the defendants’ conduct did not exhibit the absence of due diligence that the “no new issues on appeal” rule is meant to discourage. At the time of trial, it was by no means clear that the new defence of responsible communication would emerge as a “different jurisprudential creature” in English or Canadian law. It was therefore not unreasonable for the defendants to argue qualified privilege at trial, and later, on appeal, to contend for a broader elaboration of a responsible communication defence. [42-44] [47]

de protéger le public. La responsabilité des défendeurs dépend donc de la question de savoir s’ils ont fait preuve de diligence en tentant de vérifier les allégations avant qu’elles ne soient diffusées, et il appartiendra au jury, lors d’un nouveau procès, de déterminer si les articles respectaient la norme de la communication responsable. [28] [31-32]

Une cour d’appel peut s’écarter de la règle générale et entendre une nouvelle question lorsque l’intérêt de la justice l’exige et lorsque la cour dispose de conclusions de fait et d’un dossier factuel suffisant. En l’espèce, il est permis de se demander, si la question débattue en appel était véritablement une « nouvelle » question, c’est-à-dire une question différente sur les plans juridique et factuel de celles soulevées pendant le procès. Les arguments concernant l’immunité relative et le journalisme responsable se rapportaient tous deux à la même question fondamentale : le journal et ses journalistes jouissaient-ils du droit de publier les articles contestés pour des motifs d’intérêt public et en raison de la diligence raisonnable dont ils ont fait preuve. Quoi qu’il en soit, les lacunes du dossier factuel n’ont pour ainsi dire aucune importance en l’espèce étant donné qu’il appartient ultimement au jury de trancher la question de la responsabilité. Il est possible de constituer un dossier de preuve adéquat lors de la tenue du nouveau procès. [37] [39-41]

L’intérêt de la justice commande qu’on offre aux défendeurs la possibilité d’invoquer, dans le cadre d’un nouveau procès, la modification du droit engendrée par le litige. Aux termes du par. 134(6) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l’Ontario, le tribunal saisi d’un appel dans un dossier civil ne peut ordonner un nouveau procès que s’il y a « préjudice grave ou [. . .] erreur judiciaire ». Ce critère est rempli. Le demandeur ne subira pas de préjudice indu advenant la tenue d’un nouveau procès, si ce n’est des coûts qu’il générera. Les défendeurs, par contre, seraient considérablement désavantagés s’ils étaient privés de la possibilité d’invoquer la défense de communication responsable élaborée grâce à leur pourvoi. S’il s’avère que le moyen de défense s’applique aux articles en question, on créerait une injustice en empêchant que les défendeurs y recourent. En outre, on ne peut pas dire que les défendeurs n’ont pas fait preuve de diligence raisonnable, comportement que la règle « empêchant qu’une nouvelle question soit soulevée en appel » vise à décourager. Au moment du procès, il était loin d’être évident que la nouvelle défense de communication responsable verrait le jour en droit britannique ou en droit canadien en tant que « créature jurisprudentielle différente ». Il n’était donc pas déraisonnable que les défendeurs invoquent l’immunité relative au procès, et par la suite, en appel, qu’ils préconisent l’adoption d’une défense de communication responsable plus large. [42-44] [47]

Per Abella J.: As stated in the concurring reasons in the companion case of *Grant v. Torstar Corp.*, both steps in the responsible communication defence should be determined by the judge, with the jury determining factual disputes. Subject to those views, the Chief Justice's reasons and her decision to order a new trial were agreed with. [52]

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; **referred to:** *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609; *Jameel v. Wall Street Journal Europe Spri*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678; *Wasauksing First Nation v. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84; *Pereira v. Hamilton Township Farmers' Mutual Fire Insurance Co.* (2006), 267 D.L.R. (4th) 690; *Loutchansky v. Times Newspapers Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1805, [2002] 1 All E.R. 652.

By Abella J.

Referred to: *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640.

Statutes and Regulations Cited

Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 134(6).
Libel and Slander Act, R.S.O. 1990, c. L.12, s. 14.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, Sharpe and Blair J.J.A.), 2007 ONCA 771, 87 O.R. (3d) 241, 231 O.A.C. 277, 286 D.L.R. (4th) 196, 53 C.C.L.T. (3d) 122, 164 C.R.R. (2d) 284, [2007] O.J. No. 4348 (QL), 2007 CarswellOnt 7310, upholding a decision of Maranger J. and the jury award. Appeal allowed and new trial ordered.

Richard G. Dearden and Wendy J. Wagner, for the appellants.

Ronald F. Caza, Jeff G. Saikaley and Mark C. Power, for the respondent.

La juge Abella : Comme l'affirment les motifs concordants rendus dans le pourvoi connexe *Grant c. Torstar Corp.*, il revient au juge de trancher les deux volets du test applicable à la défense de communication responsable et au jury de décider des questions de fait. Sous réserve de ce point de vue, il est souscrit aux motifs de la Juge en chef et à sa décision d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. [52]

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêt appliqué : *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; **arrêts mentionnés :** *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Reynolds c. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609; *Jameel c. Wall Street Journal Europe Spri*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678; *Wasauksing First Nation c. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84; *Pereira c. Hamilton Township Farmers' Mutual Fire Insurance Co.* (2006), 267 D.L.R. (4th) 690; *Loutchansky c. Times Newspapers Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1805, [2002] 1 All E.R. 652.

Citée par la juge Abella

Arrêt mentionné : *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640.

Lois et règlements cités

Loi sur la diffamation, L.R.O. 1990, ch. L.12, art. 14.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 134(6).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Weiler, Sharpe et Blair), 2007 ONCA 771, 87 O.R. (3d) 241, 231 O.A.C. 277, 286 D.L.R. (4th) 196, 53 C.C.L.T. (3d) 122, 164 C.R.R. (2d) 284, [2007] O.J. No. 4348 (QL), 2007 CarswellOnt 7310, qui a confirmé une décision du juge Maranger et l'octroi de dommages-intérêts par le jury. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Richard G. Dearden et Wendy J. Wagner, pour les appelants.

Ronald F. Caza, Jeff G. Saikaley et Mark C. Power, pour l'intimé.

Peter M. Jacobsen and Adrienne Lee, for the interveners the Globe and Mail.

Paul B. Schabas, Iris Fischer and Erin Hoult, for the intervener the Toronto Star Newspapers Limited.

Daniel J. Henry, for the intervener the Canadian Broadcasting Corporation.

Patricia D. S. Jackson, Andrew E. Bernstein and Jennifer A. Conroy, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Brian MacLeod Rogers and Blair Mackenzie, for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, RTNDA Canada/Association of Electronic Journalists, the Canadian Publishers' Council, Magazines Canada, the Canadian Association of Journalists, the Canadian Journalists for Free Expression, the Writers' Union of Canada, the Professional Writers Association of Canada, the Book and Periodical Council, and PEN Canada.

Peter A. Downard, Catherine M. Wiley and Dawn K. Robertson, for the interveners Peter Grant and Grant Forest Products Inc.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Overview

[1] This appeal, along with its companion case *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640 (released concurrently), requires the Court to consider whether the common law of defamation should be modified to accord stronger protection to defamatory statements of fact published responsibly.

[2] As explained in *Grant*, the time has come to recognize a new defence — the defence of responsible communication on matters of public interest.

Peter M. Jacobsen et Adrienne Lee, pour l'intervenant Globe and Mail.

Paul B. Schabas, Iris Fischer et Erin Hoult, pour l'intervenante Toronto Star Newspapers Limited.

Daniel J. Henry, pour l'intervenante la Société Radio-Canada.

Patricia D. S. Jackson, Andrew E. Bernstein et Jennifer A. Conroy, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Brian MacLeod Rogers et Blair Mackenzie, pour les intervenants l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Canadian Publishers' Council, Magazines Canada, l'Association canadienne des journalistes, les Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, Writers' Union of Canada, Professional Writers Association of Canada, Book and Periodical Council et PEN Canada.

Peter A. Downard, Catherine M. Wiley et Dawn K. Robertson, pour les intervenants Peter Grant et Grant Forest Products Inc.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi, ainsi que le pourvoi connexe *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640 (rendu simultanément), porte sur la question de savoir s'il y a lieu de modifier les règles de common law en matière de diffamation afin d'offrir une plus grande protection aux énoncés de fait diffamatoires publiés de façon responsable.

[2] Comme il est expliqué dans *Grant*, le temps est venu de reconnaître un nouveau moyen de défense — la défense de communication responsable

The question on this appeal is whether the defendants should be able to avail themselves of it.

[3] The respondent in this Court, Danno Cusson, was a constable with the Ontario Provincial Police (“OPP”) who, shortly after the events of September 11, 2001, and without permission from his employer, travelled to New York City to assist with the search and rescue effort at Ground Zero. Initially, he was portrayed in the press as a hero, while the OPP was pilloried for demanding that he return to his duties in Ottawa. The *Ottawa Citizen* subsequently published three articles alleging that Cst. Cusson had misrepresented himself to the authorities in New York and possibly interfered with the rescue operation. Cst. Cusson brought this libel action against the newspaper, the reporters (the “Citizen defendants”), and OPP Staff Sgt. Penny Barager, who was a quoted source of information for the articles.

[4] At trial, the defendants pleaded qualified privilege. They disclaimed any separate reliance on the defence known in England as “responsible journalism” or “*Reynolds* privilege” — which, at the time, had not yet been recognized as a distinct defence by any Canadian court. With respect to two of the articles, the trial judge rejected the claim of privilege and put the case to the jury to decide whether the defence of truth had been made out. Answering a long list of factual questions which parsed the allegedly defamatory statements in considerable detail, the jury found that many, but not all, of the factual imputations in the articles had been proven true. It awarded Cst. Cusson \$100,000 in general damages against the Citizen defendants and \$25,000 against Staff Sgt. Barager. However, the jury also found no malice on the part of any of the defendants and declined to award any special, aggravated or punitive damages.

concernant des questions d’intérêt public. Il s’agit en l’espèce de déterminer si les défendeurs peuvent invoquer ce moyen de défense.

[3] L’intimé devant notre Cour, Danno Cusson, un agent de la Police provinciale de l’Ontario (« PPO »), s’est rendu à New York peu après les événements du 11 septembre 2001 — sans autorisation de son employeur — pour participer aux opérations de recherche et de sauvetage à Ground Zero. Dans la presse, on l’a d’abord décrit comme un héros, alors que la PPO a été clouée au pilori parce qu’elle exigeait qu’il reprenne ses fonctions à Ottawa. L’*Ottawa Citizen* a publié par la suite trois articles indiquant que l’agent Cusson s’était présenté sous un faux jour aux autorités new-yorkaises et qu’il avait possiblement nui aux opérations de sauvetage. L’agent Cusson a entamé une action en libelle diffamatoire contre le journal et les journalistes (les « défendeurs Citizen ») ainsi que contre la sergente d’état-major de la PPO, Penny Barager, qui était citée comme source dans les articles.

[4] Au procès, les défendeurs ont invoqué la défense d’immunité relative. Ils ont renoncé à s’appuyer de façon spécifique sur la défense reconnue en Angleterre comme la défense de [TRADUCTION] « journalisme responsable » ou d’« immunité fondée sur l’arrêt *Reynolds* » — laquelle n’avait pas encore été reconnue comme moyen de défense distinct par les tribunaux canadiens. Le juge de première instance a rejeté la défense d’immunité en ce qui a trait à deux des articles et a soumis l’affaire à l’appréciation du jury pour qu’il détermine si la défense de véracité devait être retenue. Après avoir répondu à une longue liste de questions factuelles, permettant d’analyser en profondeur les déclarations que le demandeur alléguait être diffamatoires, le jury a conclu que la véracité de plusieurs, mais pas de la totalité, des imputations factuelles dans les articles avait été établie. Il a condamné les défendeurs Citizen à verser des dommages-intérêts généraux de 100 000 \$ à l’agent Cusson et la sergente d’état-major Penny Barager à lui verser la somme de 25 000 \$. Il a cependant conclu qu’il n’avait pas été établi que les défendeurs avaient fait preuve de malveillance et il a refusé d’accorder des dommages-intérêts spéciaux, majorés ou punitifs.

[5] The Court of Appeal, *per* Sharpe J.A., took the opportunity to establish a responsible journalism defence in Ontario law. However, it denied the defendants the protection of the defence in this case because they had not advanced it at trial.

[6] For the reasons that follow, in my view, the Citizen defendants should have an opportunity to avail themselves of the new defence. I would allow the appeal and order a new trial.

II. Facts

[7] The facts of this case are unusual. In the course of two weeks in September, 2001, OPP Cst. Danno Cusson went from being lauded as a hero for his post-9/11 rescue efforts to being derided in the press as a dishonest attention-seeker. The accuracy of these competing characterizations was hotly contested at trial. In view of my disposition of this case, I will say no more than is necessary to provide context for the legal issues that arise.

[8] This much is uncontroversial. Following the attacks of September 11, the OPP had volunteered its assistance to New York authorities through official channels, but the offer had been declined. Nonetheless, Cst. Cusson made his way from Ottawa to Manhattan with his pet dog Ranger, presenting himself as a search and rescue volunteer to the police authorities at Ground Zero. When the OPP ordered him to return to his post near Ottawa, Cst. Cusson tendered his resignation to the force (he later withdrew his resignation and went on medical leave).

[9] Cst. Cusson gave a number of media interviews and was portrayed as a hero for his efforts. There were reports that he had helped find and rescue two businessmen from the rubble. However, as the Citizen would later report, at some point

[5] La Cour d'appel, sous la plume du juge Sharpe, a saisi l'occasion pour reconnaître l'existence de la défense de journalisme responsable en droit ontarien. Toutefois, elle a nié le droit aux défendeurs de faire valoir ce moyen de défense en l'espèce parce qu'ils ne l'avaient pas invoqué au procès.

[6] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que les défendeurs Citizen devraient se voir accorder la possibilité de faire valoir ce nouveau moyen de défense. J'accueillerais donc le pourvoi et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.

II. Faits

[7] Les faits de la présente affaire sont inusités. Au mois de septembre 2001, sur une période de deux semaines, l'agent Danno Cusson de la PPO a d'abord été proclamé héros pour sa participation aux opérations de sauvetage ayant suivi les événements du 11 septembre, puis fortement dénigré par la presse en tant que personne malhonnête cherchant à attirer l'attention. L'exactitude de ces descriptions divergentes a été contestée avec énergie au procès. Compte tenu de la conclusion à laquelle j'arrive, je ne dirai dans mon aperçu des faits que ce qui est nécessaire pour fournir le contexte des questions juridiques en jeu.

[8] Les faits suivants, à tout le moins, ne sont pas contestés. Après les attaques du 11 septembre, la PPO s'est portée volontaire par les voies officielles pour aider les autorités new-yorkaises. Son offre a toutefois été déclinée. L'agent Cusson est quand même parti d'Ottawa et a réussi à se rendre avec son chien Ranger à Manhattan, où il s'est présenté comme un bénévole de recherche et sauvetage aux autorités policières se trouvant à Ground Zero. Lorsque la PPO lui a ordonné de retourner au travail, près d'Ottawa, l'agent Cusson a remis sa démission (il l'a par la suite retirée et s'est absenté pour des raisons médicales).

[9] L'agent Cusson a donné plusieurs entrevues aux médias et a été dépeint comme un héros en raison de sa participation aux opérations. Des reportages ont mentionné qu'il avait aidé à trouver et à secourir deux hommes d'affaires qui se trouvaient

Cst. Cusson was barred from the World Trade Center site by the New York authorities. With this yet unknown, the OPP was widely criticized for its apparent callousness in failing to support his initiative and insisting that he return to work. Cst. Cusson received public support from a variety of media outlets and at least one provincial politician.

[10] On September 25, the *Citizen* published an article by Douglas Quan headlined “‘Renegade’ OPP officer under fire”. It began:

A Kanata OPP officer who has been hailed as a “hero” for his efforts to find survivors of the World Trade Center disaster may have compromised the search and rescue mission after he is alleged to have misled New York State Police into thinking he was a fully trained K-9 handler with the RCMP, the *Citizen* has learned.

[11] In the article, Sgt. Tim Fischer of the New York State Police described how Cst. Cusson had identified himself as a member of the RCMP and tried to explain why his business card said OPP. Sgt. Fischer was quoted as saying, “The next time I see him, I’m going to arrest him”. Other New York officials described how they had become suspicious of Cst. Cusson’s qualifications and eventually banned him from the site. Cst. Cusson was reportedly angry at having his access revoked.

[12] The article also quoted Cst. Cusson’s supervisor, Staff Sgt. Penny Barager, confirming that Cusson had never been a member of the RCMP nor had he been trained in K-9 rescue operations. She called his actions “heroic” but cautioned that officers cannot be permitted to go on “renegade missions”. She said that Cusson had violated two OPP policies when he took his uniform

dans les décombres. Toutefois, comme le *Citizen* allait plus tard le rapporter, à un certain moment, les autorités new-yorkaises ont interdit à l’agent Cusson l’accès au site du World Trade Center. Avant que ce fait ne soit connu, la PPO a été largement critiquée pour s’être montrée en apparence insensible en refusant d’appuyer l’initiative de son agent et en insistant pour que ce dernier revienne au travail. L’agent Cusson a reçu l’appui du public par le truchement de divers médias et d’au moins un politicien provincial.

[10] Le 25 septembre, le *Citizen* a publié un article de Douglas Quan intitulé [TRADUCTION] « Un agent insoumis de la PPO essuie de vives critiques ». Il débutait comme suit :

[TRADUCTION] Le *Citizen* a appris qu’un agent de la PPO de Kanata, qui avait été acclamé comme un « héros » pour les efforts qu’il avait déployés pour trouver des survivants après le désastre du World Trade Center, aurait pu compromettre la mission de recherche et de sauvetage après avoir apparemment faussement fait croire au service de police de l’État de New York qu’il était un maître-chien de la GRC ayant une formation K9 complète.

[11] L’article reprend les propos du sergent Tim Fischer de la police de l’État de New York qui a décrit comment l’agent Cusson s’était fait passer pour un agent de la GRC et comment il a tenté d’expliquer pourquoi sa carte professionnelle faisait mention de la PPO. Les propos suivants du sergent Fischer ont été cités : [TRADUCTION] « La prochaine fois que je le vois, je l’arrête. » D’autres représentants des autorités new-yorkaises ont indiqué comment elles en étaient venues à douter des compétences de l’agent Cusson et à lui interdire l’accès au site. Cette interdiction aurait mis l’agent Cusson en colère.

[12] L’article rapportait également les propos de la superviseure de l’agent Cusson, la sergente d’état-major Penny Barager, qui confirmait que l’agent Cusson n’avait jamais été membre de la GRC ni reçu de formation en recherche et sauvetage à l’aide d’un chien. Elle a qualifié ses actions d’[TRADUCTION] « héroïques », mais a ajouté qu’on ne pouvait permettre aux agents de se lancer dans

and service pistol out of the country without prior authorization.

[13] Mr. Quan had contacted Cst. Cusson prior to publication to get his side of the story. In the article, Cst. Cusson was quoted as denying that he had ever worn an RCMP uniform or otherwise misrepresented himself to the New York authorities. Referring to his military background, he said, “I have army blood in me. I guess it took over my police responsibility”. While admitting no wrongdoing, he expressed the hope that he had not “tarnished the image of my force”.

[14] The article concluded by referring to media reports that Cst. Cusson and his dog Ranger had discovered two men in business suits alive in the debris.

[15] The following day, September 26, the Citizen published a follow-up article by Kelly Egan headlined “OPP apologizes for Cusson ‘fiasco’”. It revealed that Staff Sgt. Barager had spoken to Sgt. Fischer and apologized to New York police for Cst. Cusson’s behaviour. The remainder of the piece covered much the same ground as the previous article — most importantly, that he had “misrepresented himself and may have hampered early rescue efforts”.

[16] Finally, on October 11, the Citizen published an article by Don Campbell entitled “OPP’s Cusson faces internal investigation”. Besides repeating the earlier allegations, it reported that Staff Sgt. Barager planned to file a complaint over Cst. Cusson’s conduct. Cusson, it said, was not available for further comment.

[TRADUCTION] « des missions qui font d’eux des insoumis ». Elle a en outre indiqué que l’agent Cusson avait contrevenu à deux politiques la PPO en apportant sans autorisation son uniforme et son arme de service en dehors du pays.

[13] M. Quan avait communiqué avec l’agent Cusson avant la publication pour obtenir sa version des faits. L’article citait ce dernier qui avait dit ne jamais avoir porté un uniforme de la GRC ni avoir autrement donné des renseignements erronés sur son identité aux autorités new-yorkaises. Voici ce qu’il a affirmé en se référant à son expérience militaire : [TRADUCTION] « Je suis un militaire dans l’âme. Je pense que cela l’a emporté sur mes responsabilités de policier. » Sans admettre avoir commis d’écarts de conduite, il a ajouté qu’il espérait ne pas avoir « terni l’image de son service ».

[14] Selon la conclusion de l’article, des médias avaient rapporté que l’agent Cusson et son chien Ranger avaient découvert, dans les décombres, deux hommes, vêtus de complets, encore en vie.

[15] Le jour suivant, soit le 26 septembre, le Citizen a publié un suivi d’article rédigé par Kelly Egan et intitulé [TRADUCTION] « La PPO présente des excuses pour le “fiasco” Cusson ». Il y était indiqué que la sergente d’état-major Barager avait parlé au sergent Fischer et s’était excusée de la conduite de l’agent Cusson auprès du service de police de l’État de New York. Le reste du texte reprenait les sujets abordés dans l’article précédent — plus particulièrement qu’il [TRADUCTION] « s’était présenté sous un faux jour et aurait pu gêner les premiers efforts de sauvetage ».

[16] Enfin, le 11 octobre, le Citizen a publié un article de Don Campbell intitulé [TRADUCTION] « L’agent Cusson de la PPO risque de faire l’objet d’une enquête interne ». On y reprenait les allégations antérieures et on y rapportait que la sergente d’état-major Barager avait l’intention de déposer une plainte relativement à la conduite de l’agent Cusson. On y précisait, en outre, que l’agent Cusson n’était pas disponible pour commenter davantage ces faits.

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice (Maranger J. sitting with a jury)*

[17] After both sides had called their evidence at trial, the defendants asked the judge to rule that the three articles were protected by qualified privilege. Reviewing the Canadian and English authorities, the trial judge observed that the law in this area was in a state of flux and that the door had been opened to extending qualified privilege to media publications in limited circumstances. With respect to the Quan and Egan articles, he held that there was no “compelling, moral or social duty to publish” them. In the trial judge’s view, they were “certainly of public interest”, but not “to the extent that they needed to be heard”. He therefore held that qualified privilege did not apply.

[18] The trial judge reached a different conclusion with respect to the Don Campbell article. Drawing an analogy to the qualified privilege for reports of pending court proceedings elaborated in *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, he held that the privilege must also cover the Citizen’s report of the pending disciplinary action against Cst. Cusson. The part of the action dealing with the Campbell article was therefore dismissed.

[19] The case went to the jury, primarily on the basis of fair comment and justification, with respect to the first two articles. The jury was provided with a detailed special verdict form comprising 151 questions. This questionnaire went through each impugned statement in the Quan and Egan articles, asking the jury to rule on their meaning, defamatory content, truth, and status as fact or opinion. The jury was also provided with a general verdict form, presumably in order to comply with s. 14 of the Ontario *Libel and Slander Act*, R.S.O. 1990, c. L.12, which provides that a jury in a defamation

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario (le juge Maranger, siégeant avec jury)*

[17] Après que les deux parties eurent présenté leur preuve respective lors du procès, les défendeurs ont demandé au juge de déclarer que les trois articles étaient protégés par une immunité relative. Ayant examiné la doctrine et la jurisprudence canadiennes et anglaises, le juge de première instance a constaté que ce domaine du droit est en constante évolution et qu’on avait ouvert la voie, dans certaines circonstances, à la reconnaissance d’une immunité relative plus étendue pour les publications de la presse. En ce qui concerne les articles de Douglas Quan et de Kelly Egan, il a conclu qu’il n’y avait aucune [TRADUCTION] « obligation impérieuse, morale ou sociale de [les] publier ». À son avis, ils étaient « certainement d’intérêt public », mais pas « à un point tel qu’ils devaient être entendus ». Il a donc conclu que les articles en question n’étaient pas protégés par l’immunité relative.

[18] Le juge de première instance a tiré une conclusion différente en ce qui concerne l’article de Don Campbell. Faisant une analogie avec les principes de l’immunité relative qui protègent les articles relatifs aux procédures en cours élaborés dans *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, il a conclu que l’immunité devait également protéger les articles du Citizen concernant les mesures disciplinaires pendantes contre l’agent Cusson. La portion du recours visant l’article de Don Campbell a donc été rejetée.

[19] L’affaire a été soumise au jury, qui devait principalement déterminer si les défenses de justification et de commentaire loyal s’appliquaient aux deux premiers articles. Le jury a reçu un formulaire détaillé de verdict particulier comportant 151 questions. Dans ce questionnaire, on demandait au jury de déterminer le sens de chacune des déclarations contestées figurant dans les articles de Douglas Quan et de Kelly Egan, ainsi que de se prononcer sur leur caractère diffamatoire, sur leur véracité et sur la question de savoir s’il s’agissait d’énoncés d’opinion ou d’énoncés de fait. On a aussi remis

action “may give a general verdict upon the whole matter in issue in the action”. The jury chose to render a special verdict, ruling on each of the identified statements.

[20] The jury found that the lead paragraph of the September 25 article, quoted above, was fair comment.

[21] Asked to rule on the truth of each of the impugned factual statements and imputations, the jury found that the defendants had proven the following facts:

- the plaintiff had failed in his duties as an OPP officer and abandoned his responsibilities without justification;
- neither the plaintiff nor his dog had received formal training in search and rescue operations;
- Sgt. Fischer or someone else intended to arrest the plaintiff;
- the plaintiff misled Sgt. Fischer into thinking he was an RCMP officer;
- the plaintiff was trying to give the impression that he was an RCMP officer.

[22] However, the jury also found that the following imputations had *not* been proven:

- the plaintiff may have compromised the World Trade Center rescue effort;
- the plaintiff deliberately misled the New York police by representing himself as a trained RCMP K-9 officer;
- the plaintiff had no search and rescue training;

aux jurés un formulaire de verdict général, selon toute vraisemblance, pour satisfaire aux exigences de l’art. 14 de la *Loi sur la diffamation*, L.R.O. 1990, ch. L.12, qui prévoit qu’un jury appelé à juger une action en diffamation « peut rendre un verdict général sur l’ensemble de la question en litige ». Le jury a choisi de prononcer un verdict particulier, et donc de se prononcer sur chacune des déclarations relevées.

[20] Le jury a conclu que le chapeau de l’article du 25 septembre, reproduit ci-devant, constituait un commentaire loyal.

[21] Ayant été appelé à juger de la véracité de chacune des déclarations et imputations factuelles contestées, le jury est arrivé à la conclusion que les défendeurs avaient établi les faits suivants :

- le demandeur avait manqué à ses devoirs en tant qu’agent de la PPO et avait abdiqué ses responsabilités sans justification;
- ni le demandeur ni son chien n’avaient reçu de formation officielle les habilitant à participer à des opérations de recherche et de sauvetage;
- le sergent Fischer — ou une autre personne — avait l’intention de procéder à l’arrestation du demandeur;
- le demandeur avait fait croire au sergent Fischer qu’il était un agent de la GRC;
- le demandeur essayait de se faire passer pour un agent de la GRC.

[22] Toutefois, le jury a aussi conclu que les imputations suivantes *n’avaient pas* été établies :

- le demandeur avait peut-être compromis les efforts de sauvetage dans les décombres du World Trade Center;
- le demandeur avait délibérément trompé le service de police de New York en se présentant comme un maître-chien de la GRC;
- le demandeur n’avait pas de formation en recherche et sauvetage;

- the plaintiff told Sgt. Fischer that he was an RCMP officer and his dog had received training;
 - the plaintiff had concealed his true identity;
 - the plaintiff asked to be told about the most elementary dog handling techniques and could not carry out even the simplest manoeuvres with his dog;
 - the plaintiff was responsible for a supposed “fiasco”;
 - the plaintiff’s actions embarrassed the OPP and may have harmed the force’s reputation.
- le demandeur avait dit au sergent Fischer qu’il était un agent de la GRC et que son chien avait été dressé;
 - le demandeur avait caché sa véritable identité;
 - le demandeur avait voulu qu’on le renseigne sur les techniques élémentaires de dressage et il n’avait pas été en mesure d’effectuer les manœuvres les plus simples avec son chien;
 - le demandeur était responsable d’un soi-disant « fiasco »;
 - le demandeur, par ses actions, avait mis la PPO dans l’embarras et vraisemblablement nui à la réputation du service.

[23] As can be seen, these findings are somewhat difficult to reconcile with one another. On the one hand, the jury found that Cst. Cusson misled Sgt. Fischer into thinking he was an RCMP officer; on the other, it declined to find that Cst. Cusson told the New York authorities that he was an RCMP officer who had received the necessary training. Overall, the jury seems to have taken the view that Cst. Cusson misled the authorities in New York, but that he did not act as deliberately or mendaciously as the articles suggested.

[23] Comme on peut le voir, ces conclusions sont plutôt difficiles à concilier. Le jury a conclu, d’une part, que l’agent Cusson avait induit le sergent Fischer en erreur en lui faisant croire qu’il était un agent de la GRC, mais il a refusé, d’autre part, de conclure que l’agent Cusson avait dit aux autorités new-yorkaises qu’il était un agent de la GRC possédant la formation nécessaire. De façon générale, le jury semble avoir conclu que l’agent Cusson avait induit les autorités new-yorkaises en erreur, mais qu’il n’avait pas agi délibérément ou fallacieusement, comme le suggéraient les articles.

[24] The jury found that there was no “actual malice” on the part of any of the defendants. It awarded the plaintiff \$100,000 in general damages against the *Ottawa Citizen* and \$25,000 against Penny Barager. It declined to award any special, aggravated or punitive damages.

[24] Le jury a conclu à l’absence de « malveillance véritable » de la part des défendeurs. Il a condamné l’*Ottawa Citizen* et Penny Barager à verser des dommages-intérêts généraux de 100 000 \$ et 25 000 \$ respectivement. Il a refusé d’accorder des dommages-intérêts spéciaux, majorés ou punitifs.

B. *Court of Appeal for Ontario (Weiler, Sharpe and Blair J.J.A.) (2007 ONCA 771, 231 O.A.C. 277)*

B. *Cour d’appel de l’Ontario (les juges Weiler, Sharpe et Blair) (2007 ONCA 771, 231 O.A.C. 277)*

[25] The Court of Appeal, *per* Sharpe J.A., undertook an extensive review of the Canadian law of qualified privilege as well as the more recent developments in other common law jurisdictions (its reasons for judgment are discussed more fully in *Grant*). The court concluded that the existing

[25] La Cour d’appel, sous la plume du juge Sharpe, a examiné de façon approfondie les règles appliquées au Canada en matière d’immunité relative ainsi que les développements plus récents dans d’autres ressorts de common law (les motifs de la Cour d’appel sont examinés plus en détail dans

law should be developed in order to give “appropriate recognition and weight to the *Charter* values of freedom of expression and freedom of the media without unduly minimizing the value of protecting individual reputation” (para. 140). Drawing particularly on the House of Lords’ decisions in *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609, and *Jameel v. Wall Street Journal Europe Sprl*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359, it determined that a new defence of responsible journalism on matters of public interest should be recognized in Ontario.

[26] However, in light of the position taken by the defendants at trial, Sharpe J.A. considered it inappropriate either to apply the defence or to order a new trial. In his view, it would be unjust to allow the defendants a second “bite at the cherry”, citing *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, at para. 18. The court therefore dismissed the appeal.

[27] The defendants (appellants in this Court) now appeal, asking this Court to enter judgment in their favour based on the new defence recognized below. The plaintiff Mr. Cusson, contends that the introduction of a new defence is unwarranted, but in the result asks this Court to dismiss the appeal and confirm the trial judgment in his favour.

IV. Analysis

A. *The Defence of Responsible Communication on Matters of Public Interest*

[28] In *Grant*, at para. 126, we hold that the defence of responsible communication on matters of public interest applies where:

l’arrêt *Grant*). Elle a conclu que les règles applicables devraient être étoffées de façon à reconnaître « les valeurs de la *Charte* en matière de liberté d’expression et de liberté des médias, et [à] leur accorde[r] un poids approprié sans minimiser indûment la valeur de la protection de la réputation individuelle » (par. 140). S’appuyant plus particulièrement sur les arrêts *Reynolds c. Times Newspapers Ltd.*, [1999] 4 All E.R. 609, et *Jameel c. Wall Street Journal Europe Sprl*, [2006] UKHL 44, [2007] 1 A.C. 359, rendus par la Chambre des lords, la Cour d’appel a conclu qu’il y avait lieu de reconnaître un nouveau moyen de défense en droit ontarien, soit la défense de journalisme responsable concernant des questions d’intérêt public.

[26] Toutefois, vu la position prise par les défendeurs lors du procès, le juge Sharpe a estimé qu’il était inapproprié d’appliquer la défense de journalisme responsable ou d’ordonner la tenue d’un nouveau procès. Citant *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, par. 18, il a estimé qu’il serait injuste de permettre que les défendeurs aient droit à une seconde « tentative ». La cour a donc rejeté l’appel.

[27] Les défendeurs (appelants devant la présente Cour) se pourvoient devant notre Cour et sollicitent un jugement en leur faveur sur le fondement du nouveau moyen de défense dont l’existence est reconnue plus loin. Le demandeur, M. Cusson, soutient qu’il n’y a pas lieu d’introduire un nouveau moyen de défense, mais, en définitive, il demande à notre Cour de rejeter le pourvoi et de confirmer le jugement de première instance, qui lui était favorable.

IV. Analyse

A. *La défense de communication responsable concernant des questions d’intérêt public*

[28] Au paragraphe 126 de *Grant*, nous statuons que la défense de communication responsable concernant des questions d’intérêt public s’applique dans les cas suivants :

- | | |
|--|---|
| <p>A. The publication is on a matter of public interest, and</p> <p>B. The publisher was diligent in trying to verify the allegation, having regard to:</p> <p>(a) the seriousness of the allegation;</p> <p>(b) the public importance of the matter;</p> <p>(c) the urgency of the matter;</p> <p>(d) the status and reliability of the source;</p> <p>(e) whether the plaintiff's side of the story was sought and accurately reported;</p> <p>(f) whether the inclusion of the defamatory statement was justifiable;</p> <p>(g) whether the defamatory statement's public interest lay in the fact that it was made rather than its truth ("reportage"); and</p> <p>(h) any other relevant circumstances.</p> | <p>A. La communication concerne une question d'intérêt public, et</p> <p>B. Le diffuseur s'est efforcé avec diligence de vérifier les allégations, compte tenu des facteurs suivants :</p> <p>a) la gravité de l'allégation;</p> <p>b) l'importance de la question pour le public;</p> <p>c) l'urgence de la question;</p> <p>d) la nature et la fiabilité des sources;</p> <p>e) la question de savoir si l'on a demandé et rapporté fidèlement la version des faits du demandeur;</p> <p>f) la question de savoir si l'inclusion de l'énoncé diffamatoire était justifiable;</p> <p>g) la question de savoir si l'intérêt public de l'énoncé diffamatoire réside dans l'existence même de l'énoncé, et non dans sa véracité (« relation de propos »);</p> <p>h) toute autre considération pertinente.</p> |
|--|---|

[29] The judge decides whether the publication was on a matter of public interest. If so, the jury then decides whether the standard of responsibility has been met.

[29] Le juge décide si la communication concerne une question d'intérêt public. Si oui, le jury détermine ensuite si la norme de la communication responsable a été respectée.

[30] When determining responsibility, the jury must consider the broad thrust of the publication as a whole rather than minutely parsing individual statements. However, where, as here, the publication arguably includes statements of both fact and opinion, the trial judge may deem it necessary to isolate individual statements for the jury's consideration so it can decide in turn on the applicability of fair comment and responsible communication. While the special verdict form given to the jury in this case was arguably too long and complex, some itemization of individual statements in the judge's charge to the jury and (if there is one) the special verdict form may be the preferable course to follow in applying the different

[30] Pour déterminer s'il a été satisfait à la norme de la communication responsable, le jury doit tenir compte de l'ensemble du message véhiculé par la communication, plutôt que d'analyser dans les moindres détails chacune des déclarations. Toutefois, lorsque, comme en l'espèce, on peut soutenir que la communication contient à la fois des énoncés d'opinion et des énoncés de fait, le juge de première instance peut juger nécessaire d'isoler les déclarations de sorte que le jury puisse décider pour chacune d'entre elles si les critères du commentaire loyal et de la communication responsable sont applicables. Bien qu'on puisse prétendre que le formulaire de verdict particulier remis au jury en l'espèce était trop long et complexe, il est possible

defences. That said, as was done here, an Ontario libel jury must have the option of rendering a general verdict by virtue of the *Libel and Slander Act*, s. 14.

[31] In this case, the public interest test is clearly met. The Canadian public has a vital interest in knowing about the professional misdeeds of those who are entrusted by the state with protecting public safety. While the subject of the *Ottawa Citizen* articles was not political in the narrow sense, the articles touched on matters close to the core of the public's legitimate concern with the integrity of its public service. When Cst. Cusson represented himself to the New York authorities and the media as an OPP or RCMP officer, he sacrificed any claim to be engaged in a purely private matter. News of his heroism was already a matter of public record; there is no reason that legitimate questions about the validity of this impression should not have been publicized too.

[32] That being the case, the defendants' liability hinges on whether they were diligent in trying to verify the allegations prior to publication. As explained below, it will be for the jury at a new trial to decide whether the articles met the standard of responsibility articulated in *Grant*. Further evidence of the steps taken by Quan and Egan may have to be adduced in order to provide a satisfactory record upon which their conduct can be judged.

B. *Should the Defendants Have the Opportunity to Avail Themselves of the New Defence?*

[33] The Court of Appeal deemed the responsible journalism or responsible communication defence

que le recours à une liste de déclarations distinctes dans l'exposé du juge au jury et (le cas échéant) le formulaire de verdict particulier soit la meilleure façon d'indiquer au jury comment appliquer les moyens de défense invoqués. Cela étant dit, comme ce fut le cas dans la présente affaire, un jury appelé à entendre en Ontario une affaire de libelle doit, en vertu de l'art. 14 de la *Loi sur la diffamation*, avoir le choix de rendre un verdict général.

[31] En l'espèce, le critère de l'intérêt public a manifestement été rempli. La population canadienne a un intérêt fondamental à connaître les fautes professionnelles commises par les personnes auxquelles l'État confie la tâche de protéger le public. Certes, le sujet des articles du *Ottawa Citizen* n'était pas politique au sens étroit du terme, mais ils touchaient des questions au cœur des préoccupations légitimes de la population en ce qui concerne l'intégrité de ses services publics. Lorsque l'agent Cusson s'est présenté auprès des autorités new-yorkaises et des médias en tant qu'agent de la PPO ou de la GRC, il a renoncé à toute possibilité de faire valoir qu'il s'agissait d'une affaire purement privée. La nouvelle de ses actes d'héroïsme était déjà du domaine public; il n'y avait donc pas de raison de s'abstenir de rendre publiques les questions légitimes portant sur le bien-fondé de l'impression qu'il avait produite.

[32] Cela étant, la responsabilité des défendeurs dépend de la question de savoir s'ils ont fait preuve de diligence en tentant de vérifier les allégations avant qu'elles ne soient diffusées. Comme nous le verrons ultérieurement, il appartiendra au jury, lors d'un nouveau procès, de déterminer si les articles respectaient la norme de la communication responsable énoncée dans l'arrêt *Grant*. Pour constituer un dossier permettant de se prononcer sur la conduite de Douglas Quan et de Kelly Egan, il pourrait être nécessaire que les défendeurs présentent des éléments de preuve additionnels concernant les démarches que les deux journalistes ont effectuées.

B. *Les défendeurs devraient-ils avoir la possibilité de se prévaloir du nouveau moyen de défense?*

[33] La Cour d'appel a jugé que la défense de journalisme responsable ou de communication

to be a “new issue” raised on appeal for the first time. Applying the jurisprudence on when such an argument should be entertained, it concluded that allowing the defendants to benefit from the new defence would be to give them an impermissible second “bite at the cherry”.

[34] I have some difficulty with how the Court of Appeal characterized the problem arising from the defendants’ new argument on appeal. First, from a procedural point of view, it seems to me that the Court of Appeal *did* in fact allow the “new issue” of responsible journalism to be raised on appeal. Indeed, it broke new jurisprudential ground on precisely this issue. And, as will be explained, it is open to question how “new” this issue really was, considering the defences pleaded at trial.

[35] Second, from a substantive perspective, the new defence was properly before the Court of Appeal and, in principle, available to the defendants.

[36] The general rule, applied by the Court of Appeal, is that a new issue may not be raised on appeal. However, the authorities shed light on the circumstances in which appellate courts should make an exception to the rule. In *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516, at p. 539, Duff J. (as he then was) observed:

A court of appeal, I think, should not give effect to such a point taken for the first time in appeal, unless it be clear that, had the question been raised at the proper time, no further light could have been thrown upon it.

See also: *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, at para. 16, *per* L’Heureux-Dubé J. (dissenting in part); *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678, at paras. 32-33, *per* Binnie J.

responsable était une « nouvelle question », soulevée pour la première fois en appel. Appliquant la jurisprudence sur la question de savoir à quel moment un tel argument devrait être examiné, elle a conclu qu’on donnerait aux défendeurs injustement droit à une seconde « tentative » en leur permettant de faire valoir le nouveau moyen de défense.

[34] Selon moi, la façon dont la Cour d’appel qualifie le problème qui se pose du fait que les défendeurs ont présenté un nouvel argument en appel soulève des difficultés. Premièrement, d’un point de vue procédural, il semble que la Cour d’appel *ait* effectivement permis que la « nouvelle question » du journalisme responsable soit soulevée devant elle. Elle a d’ailleurs créé un précédent jurisprudentiel justement sur ce point. En outre, comme je l’expliquerai ultérieurement, il est permis de se demander dans quelle mesure cette question était réellement « nouvelle » compte tenu des moyens de défense invoqués au procès.

[35] Deuxièmement, sur le plan du fond, la Cour d’appel a été régulièrement saisie de la question du nouveau moyen de défense dont, en principe, les défendeurs pouvaient se prévaloir.

[36] Selon la règle générale, appliquée par la Cour d’appel, il n’est pas permis de soulever une nouvelle question en appel. Cependant, la doctrine et la jurisprudence nous éclairent quant aux circonstances dans lesquelles les tribunaux d’appel devraient faire une exception à la règle. Dans *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516, p. 539, le juge Duff (plus tard Juge en chef) fait la remarque suivante :

[TRADUCTION] Selon moi, un tribunal d’appel ne devrait pas recevoir un tel argument soulevé pour la première fois en appel, à moins qu’il ne soit clair que, même si la question avait été soulevée en temps opportun, elle n’aurait pas été éclaircie davantage.

Voir également : *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, par. 16, la juge L’Heureux-Dubé (dissidente en partie); *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678, par. 32-33, le juge Binnie.

[37] Further guidance as to the appropriate test is provided by *Wasauksing First Nation v. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84, relied on by Sharpe J.A. below. There, the Ontario Court of Appeal explained the circumstances in which an exception will be made to the rule:

An appellate court may depart from this ordinary rule and entertain a new issue where the interests of justice require it and where the court has a sufficient evidentiary record and findings of fact to do so. [para. 102]

[38] Applying this test, the preliminary question is whether the Citizen defendants in fact raised a “new issue” in arguing responsible journalism on appeal. If so, then the question becomes whether the evidentiary record and the interests of justice support granting an exception to the general rule.

[39] In this case it was much less clear than in *Wasauksing First Nation* that the issue argued on appeal was genuinely “new” in the sense of being legally and factually distinct from the issues litigated at trial. Though Sharpe J.A. is right that the focus of the inquiry under the new defence is different from the focus under qualified privilege, there is considerable overlap. Much of the evidence adduced to demonstrate qualified privilege and malice would also be relevant to responsible communication. For example, in attempting to refute any suggestion of malice, the defendants led evidence from Douglas Quan which showed some of the steps he took to verify the allegations. Importantly, he talked to Cst. Cusson and gave him the opportunity to tell his side of the story. Cusson’s denials were included in the article.

[40] All this is to say that the issue on appeal — responsible journalism — did not raise entirely new

[37] L’arrêt *Wasauksing First Nation c. Wasausink Lands Inc.* (2004), 184 O.A.C. 84, sur lequel s’appuie le juge Sharpe, fournit d’autres précisions sur le test applicable. Dans cet arrêt, la Cour d’appel de l’Ontario explique les circonstances dans lesquelles une exception à la règle sera admise :

[TRADUCTION] Une cour d’appel peut s’écarter de la règle habituellement applicable et entendre une nouvelle question lorsque l’intérêt de la justice l’exige et lorsque la cour dispose de conclusions de fait et d’un dossier factuel suffisant. [par. 102]

[38] Dans l’application de ce test, la question préliminaire qui se pose est celle de savoir si les défendeurs Citizen ont effectivement soulevé une « nouvelle question » lorsqu’ils ont présenté des arguments portant sur le journalisme responsable en appel. Dans l’affirmative, il faut déterminer si la preuve versée au dossier et les intérêts de la justice justifient que le tribunal applique l’exception à la règle générale.

[39] Dans le présent pourvoi, il était beaucoup moins évident que dans l’arrêt *Wasauksing First Nation* que la question débattue en appel était véritablement une « nouvelle » question, c’est-à-dire une question différente sur les plans juridique et factuel de celles soulevées pendant le procès. Bien que le juge Sharpe ait raison de dire que l’objet central de l’examen auquel le tribunal doit procéder diffère selon qu’il se penche sur le nouveau moyen de défense ou sur la défense d’immunité relative, les deux processus se recoupent considérablement. Une large part de la preuve portée à l’attention du tribunal en ce qui concerne l’immunité relative et la malveillance serait également pertinente pour décider s’il y a lieu d’accepter la défense de communication responsable. À titre d’exemple, en tentant de réfuter les allégations de malveillance, les défendeurs se sont appuyés sur le témoignage de Douglas Quan où il était question de certaines des mesures qu’il a prises pour vérifier les allégations en question. Fait important, il a parlé à l’agent Cusson et il lui a fourni l’occasion de lui faire part de sa version des événements. Les démentis de l’agent Cusson ont été rapportés dans l’article.

[40] Bref, le point en litige en appel — le journalisme responsable — ne soulevait pas des questions

factual matters without any basis in the evidence. The arguments on qualified privilege and responsible journalism were both directed toward the same fundamental question: whether the Citizen enjoyed a privilege to publish the impugned material on grounds of public interest and due diligence.

[41] In any event, the deficiencies in the evidentiary foundation are largely immaterial because, as held in *Grant*, the ultimate determination of responsibility is a matter for the jury. Since Sharpe J.A. took the view (following *Reynolds* and *Jameel*) that the new defence would be a matter for the judge, he did not consider ordering a new trial so that a jury could entertain the new defence. However, the gaps in the evidentiary record with respect to responsible communication are of less concern if the relevant option is a new trial rather than appellate application of the defence. A proper evidentiary record can be established at a new trial.

[42] The remaining question is whether the interests of justice favour allowing the defendants the opportunity to avail themselves of the change of the law brought about by this litigation on a new trial.

[43] In my opinion, they do. In Ontario, a court hearing an appeal of a civil matter may only order a new trial if “some substantial wrong or miscarriage of justice has occurred”: *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 134(6). This is arguably a higher standard than that for raising a new issue on appeal, but similar considerations apply. The appellant must demonstrate that “the case was not fairly put to the jury, as, for example, where the charge leaves the jury with a misapprehension as to the applicable legal principles”, that the jury charge was “materially deficient”, or that “the law was not clearly stated on a critical issue”: *Pereira v. Hamilton Township Farmers’ Mutual Fire*

factuelles entièrement nouvelles non étayées par la preuve. Les arguments concernant l’immunité relative et le journalisme responsable se rapportaient tous deux à la même question fondamentale : le Citizen jouissait-il du droit de publier les articles contestés pour des motifs d’intérêt public et en raison de la diligence raisonnable dont il a fait preuve?

[41] Quoi qu’il en soit, les lacunes du dossier factuel n’ont pour ainsi dire aucune importance en l’espèce étant donné que, comme il a été statué dans l’arrêt *Grant*, il appartient ultimement au jury de trancher la question de la responsabilité. Ayant conclu (en s’appuyant sur les arrêts *Reynolds* et *Jameel*) qu’il reviendrait au juge de se prononcer sur le nouveau moyen de défense, le juge Sharpe n’a pas envisagé la possibilité d’ordonner la tenue d’un nouveau procès pour qu’un jury puisse se pencher sur ce moyen. Or, il est moins préoccupant qu’un dossier factuel comporte des lacunes en ce qui concerne la communication responsable si la situation justifie que la cour ordonne la tenue d’un nouveau procès plutôt qu’elle se prononce sur l’applicabilité du moyen de défense en question. En effet, il est possible de constituer un dossier de preuve adéquat lors de la tenue du nouveau procès.

[42] Il reste à déterminer si l’intérêt de la justice commande qu’on offre aux défendeurs la possibilité d’invoquer, dans le cadre d’un nouveau procès, la modification du droit engendrée par le litige.

[43] À mon avis, c’est bel et bien le cas. En Ontario, le tribunal saisi d’un appel dans un dossier civil ne peut ordonner un nouveau procès que s’il y a « préjudice grave ou [. . .] erreur judiciaire » : *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, par. 134(6). On pourrait soutenir qu’il s’agit d’un critère plus exigeant que celui auquel il faut satisfaire pour soulever une nouvelle question en appel, mais des considérations similaires s’appliquent. L’appelant doit démontrer que [TRADUCTION] « l’affaire n’a pas été présentée de façon équitable au jury, par exemple parce que l’exposé du juge ne permet pas au jury de bien comprendre les principes juridiques applicables », parce qu’il est entaché d’une « lacune

Insurance Co. (2006), 267 D.L.R. (4th) 690 (Ont. C.A.), at paras. 75-76, *per* Borins J.A.

[44] In this case, this test is met. The plaintiff will suffer no undue prejudice from a new trial other than costs, addressed below. The defendants, on the other hand, would be seriously disadvantaged by being deprived of the opportunity to avail themselves of the responsible communication defence which their appeal was responsible for developing. If it turns out that the defence is found to apply to the articles in question, such a deprivation would amount to an injustice.

[45] As background, it is necessary to recap the approach of the courts below. Applying earlier cases that were loathe to extend qualified privilege to the media, the trial judge applied a stringent duty/interest test that required the publisher to show a “compelling” public interest in publication amounting to a “moral or social duty” (C.A. reasons, at para. 5). Not surprisingly, he found that the Quan and Egan articles fell short of this standard. The jury returned its verdict in favour of the plaintiff on the basis that the defence of qualified privilege was not available. The defendants appealed, arguing that the trial judge’s formulation of qualified privilege was too narrow and, in the alternative, arguing for a broad responsible journalism defence. The Court of Appeal affirmed the existence of a separate responsible journalism defence, but held that the defendants were not entitled to a new trial, given that they had not pleaded this defence initially.

importante » ou qu’« en ce qui touche une question fondamentale le droit, n’a pas été clairement énoncé » : *Pereira c. Hamilton Township Farmers’ Mutual Fire Insurance Co.* (2006), 267 D.L.R. (4th) 690 (C.A. Ont.), par. 75-76, le juge Borins.

[44] En l’espèce, le critère mentionné précédemment est rempli. Le demandeur ne subira pas de préjudice indu advenant la tenue d’un nouveau procès, si ce n’est des coûts qu’il générera, un point dont il sera question plus loin. Les défendeurs, par contre, seraient considérablement désavantagés s’ils étaient privés de la possibilité d’invoquer la défense de communication responsable élaborée grâce à leur pourvoi. Si un tribunal jugeait que le moyen de défense s’applique aux articles en question, on créerait une injustice en empêchant que les défendeurs y recourent.

[45] Pour situer les choses dans leur contexte, il faut revenir sur l’approche adoptée par les tribunaux d’instance inférieure. S’appuyant sur des précédents dans lesquels les tribunaux se sont montrés très réticents à permettre aux médias d’invoquer l’immunité relative, le juge de première instance a appliqué un test exigeant fondé sur l’intérêt du public à recevoir de l’information et sur le devoir du diffuseur de la communiquer, selon lequel ce dernier devait démontrer que des considérations d’intérêt public « impérieuse[s] » pouvant être assimilées à une « obligation [. . .] morale ou sociale » justifiaient la publication (motifs de la Cour d’appel, par. 5). Comme on aurait pu s’y attendre, il a conclu que les articles de Douglas Quan et de Kelly Egan ne satisfaisaient pas à ce test. Le jury a prononcé un verdict favorable au demandeur au motif que la défense d’immunité relative ne pouvait être invoquée. Les défendeurs ont interjeté appel, faisant valoir que le juge de première instance avait interprété trop restrictivement l’immunité relative et, de façon subsidiaire, qu’il y avait lieu de reconnaître l’existence d’une défense de journalisme responsable de large portée. La Cour d’appel a confirmé l’existence du journalisme responsable en tant que moyen de défense distinct, mais elle a statué que les défendeurs n’avaient pas droit à un nouveau procès parce qu’ils n’avaient pas invoqué ce moyen d’entrée de jeu.

[46] The plaintiff supports the Court of Appeal's conclusion, arguing that the defendants are not entitled to a new trial on the basis of the new defence of responsible communication on matters of public interest, because they did not raise that defence at the first trial. He argues that the defendants made a strategic decision to rely on traditional qualified privilege, declining to stake their case on the riskier prospect that the trial judge might extend the law to provide a distinct responsible communication defence. Instead, they chose to remain on the more familiar terrain of qualified privilege. On appeal, the plaintiff contends, they should have to lie in the bed they made.

[47] While this argument is not without force, it does not, in my view, carry the day. First, at the time of trial, it was by no means clear that the new defence of responsible communication would emerge as a "different jurisprudential creature" (*Loutchansky v. Times Newspapers Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1805, [2002] 1 All E.R. 652, at para. 35), in English or Canadian law, since *Jameel* had not yet been decided. It was therefore not unreasonable for the defendants to argue qualified privilege at trial, and later, on appeal, to contend for a broader elaboration of a responsible communication defence. A panel of the Court of Appeal was much more likely to undertake a thoroughgoing re-evaluation of the governing jurisprudence than was a single trial judge. It cannot therefore be said that the conduct of the defendants exhibited the absence of due diligence that the "no new issues on appeal" rule is meant to discourage.

[48] Second, had the Court of Appeal and this Court endorsed a broadened defence of qualified privilege as pleaded by the defendants, a new trial would have been required in any event, because the trial judge applied an extremely narrow conception of public interest. The defendants had argued for a broader privilege. That was the bed they sought to make; the trial judge, however, required them to lie in a narrower one. The problem was compounded when the Court of Appeal opted for a new

[46] Le demandeur défend la conclusion de la Cour d'appel en faisant valoir que les défendeurs n'ont pas droit à un nouveau procès en raison de l'existence de la nouvelle défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public parce qu'ils n'ont pas soulevé ce moyen lors du premier procès. Il soutient que la stratégie adoptée par les défendeurs consistait à s'appuyer sur la traditionnelle immunité relative plutôt que de faire reposer leur cause sur la possibilité plus faible que le juge de première instance étende le droit de façon à admettre une défense distincte de communication responsable. Ils ont en effet choisi de rester sur le terrain plus connu de l'immunité relative; or, comme on fait son lit, on se couche.

[47] Cet argument a certes du mérite, mais selon moi, il ne l'emporte pas. D'abord, au moment du procès, il était loin d'être évident que la nouvelle défense de communication responsable verrait le jour en droit britannique ou en droit canadien en tant que [TRADUCTION] « créature jurisprudentielle différente » (*Loutchansky c. Times Newspapers Ltd.*, [2001] EWCA Civ 1805, [2002] 1 All E.R. 652, par. 35) étant donné que l'arrêt *Jameel* n'avait pas encore été rendu. Il n'était donc pas déraisonnable que les défendeurs invoquent l'immunité relative au procès, et par la suite, en appel, qu'ils préconisent l'adoption d'une défense de communication responsable plus large. Une formation de la Cour d'appel était nettement plus susceptible de réexaminer en profondeur la jurisprudence pertinente qu'un juge de première instance siégeant seul. On ne peut pas dire que les défendeurs n'ont pas fait preuve de diligence raisonnable, comportement que la règle « empêchant qu'une nouvelle question soit soulevée en appel » vise à décourager.

[48] Ensuite, si la Cour d'appel et notre Cour avaient reconnu l'existence d'une défense d'immunité relative plus large, comme le proposaient les défendeurs, il aurait quand même été nécessaire d'ordonner la tenue d'un nouveau procès parce que le juge de première instance s'est appuyé sur une notion d'intérêt public extrêmement étroite. Les défendeurs avaient quant à eux revendiqué une immunité plus large. Voilà la position qu'ils ont choisi de faire valoir; toutefois, le juge du procès

and different defence than the broadened qualified privilege defence pleaded. The trial judge cannot be faulted for failing to undertake a development of the law that the defendants did not ask for — i.e. the establishment of a new responsible communication defence. However, in my view, his restrictive approach to the pleaded defence of qualified privilege occasioned an injustice by effectively removing any realistic prospect that statements on matters of public interest to the world at large could be protected. The defendants deserve an opportunity to make their case to a jury properly instructed on the law as it now stands. A new trial is therefore warranted.

[49] Because the ultimate determination of responsibility is a matter for the jury, I make no comment on whether or not the defence should apply on the new trial.

V. Conclusion

[50] I would allow the appeal and order a new trial.

[51] Success on this appeal has been divided. In the circumstances, each side should bear its own costs in this Court. While the appellants deserve the opportunity to avail themselves of the new defence, they must also live with the consequences of their own strategic decisions at trial. I would therefore not disturb the costs orders made in the courts below.

The following are the reasons delivered by

[52] ABELLA J. — As in the companion case of *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640, in my view both steps in the responsible

a exigé qu'ils s'en tiennent à une position de portée plus restreinte. Le problème s'est aggravé lorsque la Cour d'appel a choisi d'admettre un nouveau moyen de défense, différent de la défense d'immunité relative élargie qu'avaient fait valoir les défendeurs. On ne peut reprocher au juge du procès de ne pas avoir modifié le droit en l'absence de demande en ce sens de la part des défendeurs — à savoir la reconnaissance de l'existence d'une nouvelle défense de communication responsable. Toutefois, je suis d'avis qu'en interprétant de façon trop restrictive la défense d'immunité relative invoquée devant lui, il a engendré une injustice étant donné que, ce faisant, il écartait toute possibilité réaliste que des déclarations sans destinataire précis concernant des questions d'intérêt public soient protégées. Les défendeurs devraient pouvoir présenter leur cause devant un jury ayant reçu des directives appropriées quant à l'état du droit. Il y a donc lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[49] Étant donné qu'il revient ultimement au jury de déterminer si la norme de la responsabilité est remplie, je ne ferai aucun commentaire sur la question de savoir si le nouveau moyen de défense devrait ou non s'appliquer dans le contexte du nouveau procès.

V. Conclusion

[50] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[51] Les parties ont chacune obtenu partiellement gain de cause. Dans ce contexte, chacune d'elles assumera ses dépens devant notre Cour. Les appellants méritent certes d'avoir la possibilité de faire valoir le nouveau moyen de défense, mais ils doivent vivre avec les conséquences de leurs décisions stratégiques lors du procès. Par conséquent, je suis d'avis qu'il faut laisser intact les ordonnances des tribunaux d'instance inférieure concernant les dépens.

Version française des motifs rendus par

[52] LA JUGE ABELLA — Comme dans le pourvoi connexe *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640, j'estime qu'il revient au juge

communication defence should be determined by the judge, with the jury determining factual disputes. Subject to those views I agree with the Chief Justice's reasons and with her decision to order a new trial.

Appeal allowed and new trial ordered.

Solicitors for the appellants: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Heenan Blaikie, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Globe and Mail: Bersenas Jacobsen Chouest Thomson Blackburn, Toronto.

Solicitors for the intervener the Toronto Star Newspapers Limited: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Broadcasting Corporation: Canadian Broadcasting Corporation, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Torys, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, RTNDA Canada/Association of Electronic Journalists, the Canadian Publishers' Council, Magazines Canada, the Canadian Association of Journalists, the Canadian Journalists for Free Expression, the Writers' Union of Canada, the Professional Writers Association of Canada, the Book and Periodical Council, and PEN Canada: Brian MacLeod Rogers, Toronto.

Solicitors for the interveners Peter Grant and Grant Forest Products Inc.: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

de trancher les deux volets du test applicable à la défense de communication responsable et que le jury décide des questions de fait. Sous réserve de ce point de vue, je souscris aux motifs de la Juge en chef et à sa décision d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Procureurs des appelants : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intimé : Heenan Blaikie, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant Globe and Mail : Bersenas Jacobsen Chouest Thomson Blackburn, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Toronto Star Newspapers Limited : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Société Radio-Canada : Société Radio-Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Torys, Toronto.

Procureurs des intervenants l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Canadian Publishers' Council, Magazines Canada, l'Association canadienne des journalistes, les Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, Writers' Union of Canada, Professional Writers Association of Canada, Book and Periodical Council et PEN Canada : Brian MacLeod Rogers, Toronto.

Procureurs des intervenants Peter Grant et Grant Forest Products Inc. : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

Boards and tribunals — Canadian International Trade Tribunal — Jurisdiction — Agreement on Internal Trade — Government procurement — Non-Canadian supplier bringing complaint before Canadian International Trade Tribunal with respect to award of procurement concerning military goods — Whether Tribunal has jurisdiction to hear complaint initiated by non-Canadian supplier under Agreement on Internal Trade — Agreement on Internal Trade, Article 502.

NORTHROP GRUMMAN OVERSEAS SERVICES CORP. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 309.

BANKRUPTCY AND INSOLVENCY

Crown claims — Goods and services tax — Provincial sales tax — Tax amounts that have been collected but not remitted, or are collectible, at time of bankruptcy of supplier — Legal characterization of Crown's rights in amounts of such taxes — Whether federal or provincial Crown is ordinary creditor or owner of tax amounts — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222(1), (1.1) — Act respecting the Ministère du Revenu, R.S.Q., c. M-31, s. 20 — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 67(2).

QUEBEC (REVENUE) V. CAISSE POPULAIRE DESJARDINS DE MONTMAGNY, 286.

CIVIL PROCEDURE

1. Class action — Conditions for authorizing action — Applications for authorization to institute class actions in order to seek declarations that municipal by-laws imposing property and business taxes are null and claim refund of taxes paid — Whether class actions should be authorized — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 4.2, 1003.

MARCOTTE V. LONGUEUIL (CITY), 65.

2. Class action — Conditions for authorizing action — Application for authorization to institute class action in order to seek declaration that municipal by-law imposing property taxes

CIVIL PROCEDURE — (Concluded)

are null and claim refund of tax overpayments — Whether class action should be authorized — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 1003.

BRESLAW V. MONTREAL (CITY), 131.

COMMERCIAL LAW

Trade agreements — Agreement on Internal Trade — Scope — Non-Canadian supplier — Government procurement — Whether non-Canadian suppliers have standing to initiate procurement complaints before Canadian International Trade Tribunal under Agreement on Internal Trade — Meaning of expression "procurement within Canada" in Article 502 of Agreement.

NORTHROP GRUMMAN OVERSEAS SERVICES CORP. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 309.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Minority language educational rights — Periods of attendance at unsubsidized English-language private schools and instruction in English received pursuant to special authorization disregarded when determining whether child eligible to receive instruction in publicly funded English-language school system — Whether paras. 2 and 3 of s. 73 of Charter of the French language limit rights guaranteed by s. 23 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether those limits justified under s. 1 of Canadian Charter.

QUEBEC (EDUCATION, RECREATION AND SPORTS) V. NGUYEN, 208.

2. Division of powers — Labour relations — Transportation undertaking — Freight forwarding company providing consolidation and deconsolidation and pickup and delivery services to its customers across Canada — Company having integrated national corporate structure with branch offices throughout Canada and contracts with third-party interprovincial carriers — Whether labour relations of branch employees

CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)

subject to provincial or federal jurisdiction — Whether company qualifies as interprovincial undertaking even though it does not itself perform interprovincial carriage of goods — Constitution Act, 1867, s. 92(10)(a).

CONSOLIDATED FASTFRATE INC. v. WESTERN CANADA COUNCIL OF TEAMSTERS, 407.

CRIMINAL LAW

1. Charge to jury — Intent for murder — Post-offence conduct — Police officer shot by accused during violent struggle — Accused admitting at trial to having shot officer but claiming lack of intent to kill — Jury finding accused guilty of first degree murder — Whether trial judge's comments in charge suggesting that jury could infer intent from accused's post-offence conduct constituted error justifying appellate intervention — If so, whether curative proviso applicable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a), (b)(iii).

R. v. JAW, 26.

2. Trial — Joinder and severance — Accused charged with several counts arising from two sexual assaults committed at different times against different complainants — Whether trial judge erred in dismissing application for severance.

R. v. LAST, 146.

3. Appeals — Disclosure order — Crown claim of informer privilege — Trial judge ruling that defence counsel could attend in camera hearing sought by Crown to establish claim of informer privilege subject to undertakings and court order — Whether Court of Appeal lacked jurisdiction to hear Crown's appeal — Whether trial judge's decision constituted "disclosure order" subject to immediate appeal — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 37.1.

R. v. BASI, 389.

4. Evidence — Informer privilege — Objection to disclosure of information — Whether trial judge erred in permitting defence counsel to attend in camera hearing sought by Crown to establish claim of informer privilege — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 37.

R. v. BASI, 389.

5. Sexual offences — Luring a child — Elements of offence — Man communicating by computer with 12-year-old girl who had said she was 13 — Communication indicating desire of both parties to engage in explicit sexual activity — Telephone contact made and coarse and explicit language used — Accused charged with "luring a child" and

CRIMINAL LAW — (Concluded)

acquitted at trial — Whether trial judge misapprehended essential elements of offence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 172.1(1)(c).

R. v. LEGARE, 551.

6. Arrest without warrant — Reasonable grounds — Accused acquitted at trial of narcotic offence — Trial judge finding police officer did not have reasonable grounds to arrest accused without warrant — Whether trial judge imposed burden more onerous than "reasonable grounds" standard for arrest without warrant — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 495(1)(c).

R. v. BURKE, 566.

7. Procedure — Hybrid offences — Summary convictions — Limitation period — Information sworn more than six months after offences were alleged to have been committed — Plea not yet entered — Trial judge declaring information to be a nullity — Whether Crown can continue prosecution as indictable offence — Whether limitation period in s. 786(2) of Criminal Code applies to hybrid offences.

R. v. DUDLEY, 570.

8. Defences — Abandonment — Accused charged with first degree murder, kidnapping and aggravated sexual assault — Trial judge finding air of reality to defence of abandonment and convicting accused of manslaughter, kidnapping and aggravated sexual assault — Court of Appeal erring in dismissing Crown's appeal from manslaughter conviction — Evidence incapable of supporting defence of abandonment — Facts as found by trial judge clearly establishing planned and deliberate murder — Conviction for manslaughter set aside and conviction for first degree murder entered.

R. v. BIRD, 638.

EXTRADITION

1. Committal hearings — Evidence — Hearsay — Admissibility — Extradition Act providing that evidence gathered in Canada must satisfy rules of evidence under Canadian law in order to be admitted — Whether summary of Canadian-gathered evidence admissible in extradition proceedings — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 32, 33.

UNITED STATES OF AMERICA v. ANEKWU, 3.

2. Surrender — Powers of Minister — Misalignment test — U.S. seeking F's extradition on charge of first degree murder — Extradition judge committing F for offence of second degree murder finding insufficient evidence on one

EXTRADITION — (Concluded)

element of Canadian offence of first degree murder — Minister of Justice surrendering F for American offence of first degree murder — Whether Minister must ensure alignment between foreign offence upon which person sought ordered to be surrendered and evidence adduced before extradition judge at committal hearing.

CANADA (JUSTICE) *v.* FISCHBACHER, 170.

INSURANCE

Accident insurance — Accident and Disease benefit — Insured person becoming paralyzed below his mid-abdomen after acquiring genital herpes by engaging in unprotected sexual intercourse — Whether insured's paralysis caused by "external, violent and accidental means" within meaning of insurance policy.

CO-OPERATORS LIFE INSURANCE CO. *v.* GIBBENS, 605.

LABOUR RELATIONS

1. Dismissal — Business closure — Remedies — Union certified to represent employees — Negotiations to conclude first collective agreement with employer unsuccessful — Employer announcing closure of business — Complaint by employee that loss of employment was due to union activities — Whether employees of closed business can bring their claim under ss. 15 to 17 of Quebec Labour Code and benefit from statutory presumption in s. 17 that they were dismissed because they exercised their collective bargaining rights — Whether definitive business closure still "good and sufficient reason" within meaning of s. 17 to justify dismissal — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 15 to 17.

PLOURDE *v.* WAL-MART CANADA CORP., 465.

2. Dismissal — Business closure — Evidence — Union certified to represent employees — Negotiations to conclude first collective agreement with employer unsuccessful — Employer announcing closure of business — Complaint by employees that loss of employment was due to union activities — Employer claiming "good and sufficient reason" within meaning of s. 17 of Quebec Labour Code to justify dismissals — Whether employer discharged its onus of proving real and definitive business closure — Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 15 to 17.

DESBIENS *v.* WAL-MART CANADA CORP., 540.

SCHOOLS

Language of instruction — Instruction in English in Quebec — Periods of attendance at unsubsidized English-language private schools and instruction in English received pursuant to special authorization disregarded when determining whether child eligible to receive instruction in publicly funded English-language school system — Whether paras. 2 and 3 of s. 73 of Charter of the French language limit rights guaranteed by s. 23 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether those limits justified under s. 1 of Canadian Charter.

QUEBEC (EDUCATION, RECREATION AND SPORTS) *v.* NGUYEN, 208.

TORTS

1. Negligence — Fiduciary duty — Bookkeeper making unsolicited and voluntary cash advances to employer law firm which was experiencing financial difficulties — Law firm acting on bookkeeper's behalf in preparing two wills and in handling two mortgage transactions while she was working for it — Law firm going bankrupt and bookkeeper finding herself unsecured creditor — Whether duty of care under negligence principles or per se fiduciary obligations arose within solicitor-client relationship — Whether ad hoc fiduciary duties arose from power dependency relationship existing between bookkeeper and lawyer — Whether in such relationships, fiduciary duties may arise simply on basis of reasonable expectations of weaker party and without any mutual understanding of both parties that one must act in interests of the other — Whether fiduciary duties may arise although fiduciary has no discretionary power to affect other party's legal or important practical interests.

GALAMBOS *v.* PEREZ, 247.

2. Malicious prosecution — Crown prosecutors — Malice requirement — Absence of reasonable and probable cause to initiate prosecution — Provincial Crown attorney found liable for malicious prosecution — Whether prosecutor's lack of subjective belief in existence of reasonable and probable cause to initiate prosecution sufficient to ground finding of malice — Whether malice element requires proof of improper purpose.

MIAZGA *v.* KVELLO ESTATE, 339.

3. Defamation — Defences — Fair comment — Newspaper and reporter being sued for libel after article was published concerning proposed private golf course development — Whether trial judge erred in his charge to jury on fair comment.

GRANT *v.* TORSTAR CORP., 640.

TORTS — (Continued)

4. Defamation — Defences — Responsible communication on matters of public interest — Elements of defence — Respective roles of judge and jury.

GRANT V. TORSTAR CORP., 640.

5. Defamation — Defences — Responsible communication on matters of public interest — Newspaper and reporter being sued for libel after article was published concerning proposed private golf course development — Whether traditional defences for defamatory statements of fact are inconsistent with values underlying freedom of expression — Whether law of defamation should be modified to recognize defence of responsible communication on matters of public interest.

GRANT V. TORSTAR CORP., 640.

TORTS — (Concluded)

6. Defamation — Defences — Responsible communication on matters of public interest — Police constable suing newspaper and reporters for libel after articles were published alleging that he had misrepresented himself and possibly interfered with rescue operations at Ground Zero — Court of Appeal recognizing new responsible journalism defence but denying defendants its protection because they had not advanced it at trial — Whether common law of defamation should be modified to accord stronger protection to defamatory statements of fact published responsibly — If so, whether defendants should be able to avail themselves of new defence of responsible communication on matters of public interest at a new trial.

QUAN V. CUSSON, 712.

INDEX

ASSURANCES

Assurance accident — Indemnité de maladie ou d'accident — Assuré paralysé des jambes et de la partie inférieure du tronc après avoir contracté l'herpès génital à la suite de relations sexuelles non protégées — La paralysie de l'assuré résultait-elle d'une « cause externe, violente et accidentelle » au sens de la police d'assurance?

CO-OPERATORS COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE C. GIBBENS, 605.

DROIT ADMINISTRATIF

Organismes et tribunaux administratifs — Tribunal canadien du commerce extérieur — Compétence — Accord sur le commerce intérieur — Marchés publics — Fournisseur non canadien déposant devant le Tribunal canadien du commerce extérieur une plainte dénonçant l'octroi d'un marché public concernant des produits militaires — Le Tribunal a-t-il compétence pour entendre une plainte présentée par un fournisseur non canadien en vertu de l'Accord sur le commerce intérieur? — Accord sur le commerce intérieur, art. 502.

NORTHROP GRUMMAN OVERSEAS SERVICES CORP. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 309.

DROIT COMMERCIAL

Accords commerciaux — Accord sur le commerce intérieur — Portée — Fournisseur non canadien — Marchés publics — Les fournisseurs non canadiens ont-ils qualité pour présenter devant le Tribunal canadien du commerce extérieur des plaintes fondées sur l'Accord sur le commerce intérieur? — Sens de l'expression « marchés publics [...] passés au Canada » à l'art. 502 de l'Accord.

NORTHROP GRUMMAN OVERSEAS SERVICES CORP. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 309.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Droits à l'instruction dans la langue de la minorité — Périodes de fréquentation scolaire passées dans des écoles privées anglophones non subventionnées et enseignement en anglais reçu en vertu d'autorisations particulières non pris en compte pour établir l'admissibilité d'un enfant à l'enseignement dans le réseau scolaire anglophone financé par les fonds publics — Les alinéas 2 et 3 de l'art. 73 de la Charte de la langue française limitent-ils les droits garantis par l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, ces limites sont-elles justifiées en vertu de l'article premier de la Charte canadienne?

QUÉBEC (ÉDUCATION, LOISIR ET SPORT) C. NGUYEN, 208.

2. Partage des pouvoirs — Relations de travail — Entreprise de transport — Société d'expédition de marchandises offrant à ses clients partout au Canada des services de regroupement, de dégroupement, de ramassage et de livraison — Société ayant une structure organisationnelle nationale intégrée, des succursales partout au Canada et des contrats avec des tiers transporteurs interprovinciaux — Les relations de travail des employés d'une succursale relèvent-elles de la compétence provinciale ou de la compétence fédérale? — La société est-elle qualifiée d'entreprise interprovinciale même si elle ne transporte pas elle-même les marchandises d'une province à l'autre? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(10)a).

CONSOLIDATED FASTFRATE INC. C. WESTERN CANADA COUNCIL OF TEAMSTERS, 407.

DROIT CRIMINEL

1. Exposé au jury — Intention requise pour commettre un meurtre — Comportement postérieur à l'infraction — Policier abattu par balle par l'accusé durant une violente bagarre — Accusé admet au procès avoir tiré sur le policier, mais nie avoir eu l'intention de tuer — Jury déclare l'accusé coupable de meurtre au premier degré — Les commentaires du juge du procès dans son exposé, suggérant que le jury pouvait inférer l'intention de l'accusé de sa conduite postérieure à l'infraction, constituaient-ils une erreur justifiant une intervention en appel? — Si

DROIT CRIMINEL — (Suite)

oui, la disposition réparatrice était-elle applicable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a), b)(iii).

R. C. JAW, 26.

2. Procès — Réunion des chefs d'accusation et procès distincts — Accusé inculpé de plusieurs chefs d'accusation se rapportant à deux agressions sexuelles commises à différents moments contre deux plaignantes — Le juge de première instance a-t-il fait erreur en rejetant la demande de séparation des chefs d'accusation?

R. C. LAST, 146.

3. Appels — Ordonnance de divulgation — Revendication du privilège de l'indicateur par le ministère public — Décision de la juge du procès permettant aux avocats de la défense, sous réserve d'engagements et de l'ordonnance du tribunal, d'être présents à l'audience à huis-clos demandée par le ministère public en vue d'établir la revendication du privilège de l'indicateur — La Cour d'appel avait-elle compétence pour entendre l'appel du ministère public? — La décision de la juge du procès constituait-elle une « ordonnance de divulgation » susceptible d'appel immédiat? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 37.1.

R. C. BASI, 389.

4. Preuve — Privilège de l'indicateur — Objection à la divulgation de renseignements — La juge du procès a-t-elle permis à tort aux avocats de la défense d'être présents à l'audience à huis-clos demandée par le ministère public en vue d'établir la revendication du privilège de l'indicateur? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 37.

R. C. BASI, 389.

5. Infractions d'ordre sexuel — Leurre — Éléments de l'infraction — Communication par ordinateur d'un homme avec une enfant de 12 ans ayant affirmé en avoir 13 — Communication témoignant du désir des deux parties de se livrer à une activité au caractère sexuel explicite — Appel téléphonique et emploi de termes crus et explicites — Acquiescement de l'accusé au procès sur un chef de « leurre » — Le juge de première instance a-t-il mal interprété les éléments essentiels de l'infraction? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 172.1(1)c).

R. C. LEGARE, 551.

6. Arrestation sans mandat — Motifs raisonnables — Accusé acquitté au procès pour infraction relative à des drogues — Conclusion de la juge de première instance selon laquelle l'agent de police n'avait pas de motifs raisonnables d'arrêter l'accusé sans mandat — La juge de première instance a-t-elle imposé un fardeau plus lourd que la norme des motifs raisonnables dans le cas d'une arrestation sans mandat? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 495(1)c).

R. C. BURKE, 566.

DROIT CRIMINEL — (Fin)

7. Procédure — Infractions mixtes — Déclarations de culpabilité par procédure sommaire — Délai de prescription — Dénonciation faite plus de six mois après que les infractions auraient été commises — Plaidoyer non encore inscrit — Juge du procès déclarant que la dénonciation est nulle — Le ministère public peut-il continuer la poursuite en procédant par voie de mise en accusation? — Le délai de prescription prévu à l'art. 786(2) du Code criminel s'applique-t-il aux infractions mixtes?

R. C. DUDLEY, 570.

8. Moyens de défense — Renonciation — Accusée inculpée de meurtre au premier degré, d'enlèvement et d'agression sexuelle grave — Juge du procès estimant que le moyen de défense de la renonciation avait une apparence de vraisemblance et déclarant l'accusée coupable d'homicide involontaire coupable, d'enlèvement et d'agression sexuelle grave — Cour d'appel faisant erreur en rejetant l'appel du ministère public contre la déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable — Preuve incapable d'appuyer le moyen de défense de la renonciation — Faits constatés par la juge de première instance établissant clairement qu'il s'agit d'un meurtre commis avec préméditation et de propos délibéré — Déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable annulée et déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée.

R. C. BIRD, 638.

DROIT SCOLAIRE

Langue d'enseignement — Enseignement en anglais au Québec — Périodes de fréquentation scolaire passées dans des écoles privées anglophones non subventionnées et enseignement en anglais reçu en vertu d'autorisations particulières non pris en compte pour établir l'admissibilité d'un enfant à l'enseignement dans le réseau scolaire anglophone financé par les fonds publics — Les alinéas 2 et 3 de l'art. 73 de la Charte de la langue française limitent-ils les droits garantis par l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, ces limites sont-elles justifiées en vertu de l'article premier de la Charte canadienne?

QUÉBEC (ÉDUCATION, LOISIR ET SPORT) C. NGUYEN, 208.

EXTRADITION

1. Audience relative à l'incarcération — Preuve — Ouir-dire — Admissibilité — Loi sur l'extradition prévoyant que les éléments de preuve obtenus au Canada sont admis en

EXTRADITION — (Fin)

conformité avec le droit canadien — Un résumé des éléments de preuve obtenus au Canada est-il admissible dans le cadre de la procédure d'extradition? — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 32, 33.

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. ANEKWU, 3.

2. Remise à l'État requérant — Pouvoirs du ministre — Critère de la discordance — É.-U. demandant l'extradition de F pour meurtre au premier degré — Juge d'extradition ordonnant l'incarcération de F pour meurtre au deuxième degré après avoir jugé insuffisante la preuve de l'un des éléments de l'infraction de meurtre au premier degré en droit canadien — Ministre de la Justice ordonnant l'extradition de F pour l'infraction de meurtre au premier degré en droit américain — Le ministre est-il tenu à la concordance entre l'infraction punissable à l'étranger pour laquelle l'extradition de l'intéressé est ordonnée et la preuve produite devant le juge d'extradition à l'audience relative à l'incarcération?

CANADA (JUSTICE) C. FISCHBACHER, 170.

FAILLITE ET INSOLVABILITÉ

Réclamations de la Couronne — Taxe sur les produits et services — Taxe de vente provinciale — Montants des taxes perçus, mais non remis, ou percevables au moment de la faillite d'un fournisseur — Qualification juridique des droits de l'État à l'égard des montants de ces taxes — La Couronne fédérale ou provinciale est-elle une créancière ordinaire ou la propriétaire du montant des taxes? — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 222(1), (1.1) — Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., ch. M-31, art. 20 — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 67(2).

QUÉBEC (REVENU) C. CAISSE POPULAIRE DESJARDINS DE MONTMAGNY, 286.

PROCÉDURE CIVILE

1. Recours collectif — Conditions d'ouverture du recours — Demandes d'autorisation pour intenter des recours collectifs pour faire invalider des règlements municipaux imposant des taxes foncières et d'affaires et pour réclamer le remboursement des taxes payées — Les recours collectifs doivent-ils être autorisés? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 4.2, 1003.

MARCOTTE C. LONGUEUIL (VILLE), 65.

2. Recours collectif — Conditions d'ouverture du recours — Demande d'autorisation pour intenter un recours

PROCÉDURE CIVILE — (Fin)

collectif pour faire invalider un règlement municipal imposant des taxes foncières et pour réclamer le remboursement des taxes payées en trop — Le recours collectif doit-il être autorisé? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 1003.

BRESLAW C. MONTRÉAL (VILLE), 131.

RELATIONS DU TRAVAIL

1. Congédiement — Fermeture d'entreprise — Recours — Syndicat accrédité pour représenter les salariés — Échec des négociations en vue de conclure la première convention collective avec l'employeur — Fermeture de l'entreprise annoncée par l'employeur — Plainte d'un salarié portant qu'il a perdu son emploi en raison de ses activités syndicales — Les salariés d'une entreprise fermée par l'employeur peuvent-ils fonder leur plainte sur les art. 15 à 17 du Code du travail du Québec et bénéficier de la présomption de l'art. 17 selon laquelle ils ont été congédiés pour avoir exercé leur droit de négocier collectivement? — La fermeture définitive de l'entreprise constitue-t-elle toujours une « cause juste et suffisante » de congédiement au sens de l'art. 17? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 15 à 17.

PLOURDE C. COMPAGNIE WAL-MART DU CANADA, 465.

2. Congédiement — Fermeture d'entreprise — Preuve — Syndicat accrédité pour représenter les salariés — Échec des négociations en vue de conclure la première convention collective avec l'employeur — Fermeture de l'entreprise annoncée par l'employeur — Plainte de salariées portant qu'elles ont perdu leur emploi en raison de leurs activités syndicales — Employeur faisant valoir une « autre cause juste et suffisante » de congédiement au sens de l'art. 17 du Code du travail du Québec — L'employeur s'est-il acquitté de la charge qui lui incombait de prouver que la fermeture de l'entreprise était réelle et définitive? — Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 15 à 17.

DESBIENS C. COMPAGNIE WAL-MART DU CANADA, 540.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

1. Négligence — Obligation fiduciaire — Fonds avancés volontairement et sans sollicitation par une aide-comptable à son employeur, un cabinet d'avocats à la situation financière précaire — Deux testaments et deux hypothèques préparés par le cabinet d'avocats pour l'employée — Aide-comptable créancière non garantie après la faillite du cabinet d'avocats — Découlait-il de la relation avocat-client une obligation de diligence en vertu des principes applicables en matière de

RÉSPONSABILITÉ DÉLICTUELLE — (Suite)

négligence ou des obligations fiduciaires en soi? — Découlait-il des obligations fiduciaires ad hoc du rapport de force et de dépendance qui existait entre l'aide-comptable et l'avocat? — Dans le cadre de rapports de ce type, des obligations fiduciaires peuvent-elles découler simplement des attentes raisonnables de la partie la plus vulnérable sans qu'il soit nécessaire que les parties aient mutuellement convenu que l'une doit agir dans l'intérêt de l'autre? — Peut-il exister des obligations fiduciaires même si le fiduciaire n'est pas investi du pouvoir discrétionnaire d'influer sur les intérêts juridiques de l'autre partie ou sur des questions ayant des conséquences pratiques importantes pour celle-ci?

GALAMBOS C. PEREZ, 247.

2. Poursuites abusives — Procureurs de la Couronne — Exigence de malveillance — Inexistence de motifs raisonnables et probables d'engager une poursuite — Procureur de la Couronne d'une province tenu responsable de poursuites abusives — L'absence de croyance subjective du procureur à l'existence de motifs raisonnables et probables d'engager une poursuite suffit-elle à établir la malveillance? — L'intention malveillante exige-t-elle la preuve d'un but illégitime?

MIAZGA C. KVELLO (SUCCESSION), 339.

3. Diffamation — Moyens de défense — Commentaire loyal — Action en libelle diffamatoire intentée contre un journal et un journaliste ayant publié un article sur un projet de terrain de golf privé — Le juge du procès a-t-il bien instruit le jury au sujet de la défense de commentaire loyal?

GRANT C. TORSTAR CORP., 640.

RÉSPONSABILITÉ DÉLICTUELLE — (Fin)

4. Diffamation — Moyens de défense — Communication responsable concernant des questions d'intérêt public — Action en libelle diffamatoire intentée contre un journal et un journaliste ayant publié un article sur un projet de terrain de golf privé — Les moyens de défense classiques applicables à l'égard d'énoncés de fait discriminatoires sont-ils incompatibles avec les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression? — Convient-il de modifier le droit en matière de diffamation pour y inclure la défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public?

GRANT C. TORSTAR CORP., 640.

5. Diffamation — Moyens de défense — Communication responsable concernant des questions d'intérêt public — Éléments de la défense — Rôles respectifs du juge et du jury.

GRANT C. TORSTAR CORP., 640.

6. Diffamation — Moyens de défense — Communication responsable concernant des questions d'intérêt public — Action en libelle diffamatoire par un agent de police contre un journal et des journalistes ayant publié des articles alléguant qu'il s'était présenté sous un faux jour et qu'il avait possiblement nuí aux opérations de sauvetage à Ground Zero — Cour d'appel reconnaissant un nouveau moyen de défense de journalisme responsable, mais empêchant les défendeurs de s'en prévaloir parce qu'ils ne l'ont pas invoqué au procès — Y a-t-il lieu de modifier les règles de common law en matière de diffamation afin d'offrir une plus grande protection aux énoncés de fait diffamatoires publiés de façon responsable? — Si oui, les défendeurs devraient-ils pouvoir invoquer le nouveau moyen de défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public dans le cadre d'un nouveau procès?

QUAN C. CUSSON, 712.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>