



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2018 Vol. 2

1^{er} cahier, 2018 Vol. 2

Cited as [2018] 1 S.C.R. 3-292

Renvoi [2018] 1 R.C.S. 3-292

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

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

Deputy Registrar / Registrataire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil
BARBARA KINCAID

| | | |
|-----------------------|--|----------------------|
| CLAIRE ZOË BIDER-HALL | Legal Counsel / Conseillers juridiques LEE ANN GORMAN | LESLI TAKAHASHI |
| JANICE CHENEY | KAREN LEVASSEUR | CAMERON TAYLOR |
| VALÉRIE DESJARLAIS | JOANNE NORMAN | RENÉE THÉRIAULT |
| ANNE DES ORMEAUX | IDA SMITH | DIANE THERRIEN |
| GENEVIÈVE DOMEY | JACQUELINE STENCEL | RENÉE MARIA TREMBLAY |
| ANDRÉ GOLDENBERG | ANDREA SUURLAND | LESLIE-ANNE WOOD |

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

| | | |
|----------------|--------------------------------|----------------|
| | Jurilinguists / Jurilinguistes | |
| DAVID AUBRY | MARIE-CHRISTIANE BOUCHER | AUDRA POIRIER |
| STEPHEN BALOGH | JULIE BOULANGER | MARIE RODRIGUE |
| | ALEXANDRE CLÉMENT | |

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

| | | |
|----------------------|---|-------------------------|
| | Technical Revisors / Réviseurs techniques | |
| SUZANNE AUDET | MINA CONNELLY | LAUREN KOSHURBA |
| AUDREY-ANNE BERGERON | | LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN |

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

Administrative Assistants / Adjointes administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 2, 2018

2^e volume, 2018

CONTENTS

Haaretz.com v. Goldhar 3

Private international law — Choice of forum — Court having jurisdiction — Forum non conveniens — Libel action commenced in Ontario in respect of statements published in Israeli newspaper available electronically in Canada — Defendants bringing motion to stay action on grounds that Ontario court lacks jurisdiction or, alternatively, that Ontario court should decline to exercise its jurisdiction on basis of forum non conveniens — Whether situs of tort is reliable basis on which to presume real and substantial connection between chosen forum and subject matter of litigation in Internet defamation cases — If so, whether presumption of jurisdiction can be rebutted — Whether choice of law factor in forum non conveniens analysis for Internet defamation cases should be based on place where plaintiff suffered most substantial harm to reputation.

Montréal (Ville) v. Lonardi 103

Civil liability — Apportionment of liability — Damages — Solidarity — Civil action being instituted against rioters for damage done to patrol cars — Whether rioters are solidarily liable for whole of damage done to patrol car during riot because they jointly took part in wrongful act within meaning of art. 1480 of Civil Code of Québec — Whether rioters committed common fault or contributory faults as result of which they are solidarily liable under art. 1526 of Civil Code of Québec — Whether rioters are liable in solidum — Civil Code of Québec, arts. 1480, 1526.

Ewert v. Canada 165

Prisons — Inmates — Indigenous offenders — Accuracy of information about offenders — Federal correctional authorities relying on psychological and actuarial assessment tools to make decisions regarding inmates in their custody — Métis inmate challenging reliance on these tools on ground that their validity when applied to Indigenous offenders has not been established through empirical research — Whether correctional authorities breached their statutory obligation to ensure that information about offenders is accurate by using these tools in respect of Indigenous offenders — If so, whether it is appropriate to issue declaration that obligation was breached — Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 24(1).

Continued on next page

SOMMAIRE

Haaretz.com c. Goldhar 3

Droit international privé — Choix du tribunal — Jurisdiction compétente — Forum non conveniens — Action en diffamation intentée en Ontario à l'égard de propos diffusés dans un journal israélien qui pouvaient être consultés en ligne au Canada — Requête déposée par les défendeurs pour faire suspendre l'action au motif que le tribunal ontarien n'a pas compétence ou, subsidiairement, que le tribunal ontarien devrait décliner l'exercice de sa compétence pour cause de forum non conveniens — Le lieu du délit constitue-t-il un fondement fiable à partir duquel on peut présumer l'existence d'un lien réel et substantiel entre le ressort choisi et l'objet du litige dans les affaires de diffamation sur Internet? — Dans l'affirmative, la présomption de compétence peut-elle être réfutée? — Le facteur du choix du droit applicable dans l'analyse relative au forum non conveniens en matière de diffamation sur Internet doit-il reposer sur le lieu où le demandeur a subi l'atteinte la plus substantielle à sa réputation?

Montréal (Ville) c. Lonardi 103

Responsabilité civile — Partage de la responsabilité — Dommages-intérêts — Solidarité — Recours civil intenté contre des émeutiers pour des dommages causés à des autos-patrouilles — Les émeutiers sont-ils solidairement responsables de la totalité des dommages causés à une auto-patrouille pendant l'émeute en raison de leur participation à un fait collectif fautif au sens de l'art. 1480 du Code civil du Québec? — Les émeutiers ont-ils commis une faute commune ou des fautes contributoires qui les rendent solidairement responsables au sens de l'art. 1526 du Code civil du Québec? — Les émeutiers sont-ils responsables in solidum? — Code civil du Québec, art. 1480, 1526.

Ewert c. Canada 165

Droit carcéral — Détenus — Délinquants autochtones — Exactitude des renseignements concernant les délinquants — Recours par les autorités correctionnelles fédérales à des outils d'évaluation psychologique et actuarielle pour prendre des décisions à l'égard des détenus dont elles ont la garde — Détenu métis contestant le recours à ces outils au motif que leur validité à l'endroit des délinquants autochtones n'a pas été établie par des recherches empiriques — Les autorités correctionnelles ont-elles manqué à leur obligation légale de veiller à l'exactitude des renseignements concernant les délinquants en utilisant ces outils à l'endroit des délinquants autochtones? — Dans l'affirmative, est-il indiqué de rendre un jugement déclaratoire portant qu'il y a eu manquement à cette obligation? — Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, c. 20, art. 24(1).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Constitutional law — Charter of Rights — Principles of fundamental justice — Right to equality — Whether use of psychological and actuarial assessment tools to make decisions about Indigenous offender breached his rights to liberty, security of the person and equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15.

Canada (Canadian Human Rights Commission)

v. Canada (Attorney General) 230

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Canadian Human Rights Tribunal dismissing complaints alleging that provisions of Indian Act precluding registration of complainants' children as "Indians" constituted discriminatory provision of services — Tribunal finding that complaints involved direct challenge to s. 6 of Indian Act and that legislation not included in the meaning of "services" under s. 5 of Canadian Human Rights Act — Whether Tribunal's decisions reviewable on standard of reasonableness or correctness.

Human rights — Discriminatory practices — Provision of services — Indians — Status eligibility — Registration — Human rights complaints alleging that provisions of Indian Act precluding registration of complainants' children as "Indians" discriminated in provision of services customarily available to general public on grounds of race, national or ethnic origin, sex or family status — Whether complaints constituted direct attack on legislation or whether they concerned discrimination in provision of service — Meaning of "services" under s. 5 of Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6.

SOMMAIRE (Fin)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Principes de justice fondamentale — Droit à l'égalité — L'utilisation d'outils d'évaluation psychologique et actuarielle pour prendre des décisions à propos d'un délinquant autochtone a-t-elle porté atteinte à ses droits à la liberté, à la sécurité de sa personne et à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15.

Canada (Commission canadienne des droits de

la personne) c. Canada (Procureur général) 230

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Rejet par le Tribunal canadien des droits de la personne de plaintes selon lesquelles des dispositions de la Loi sur les Indiens empêchant les enfants des plaignants d'être inscrits à titre d'« Indiens » constituaient un acte discriminatoire dans la prestation de services — Conclusion du Tribunal portant que les plaintes constituaient une attaque directe contre l'art. 6 de la Loi sur les Indiens et que les textes de loi ne sont pas compris dans le sens du terme « services » figurant à l'art. 5 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Les décisions du Tribunal sont-elles assujetties à la norme de la décision raisonnable ou à celle de la décision correcte?

Droits de la personne — Pratiques discriminatoires — Prestation de services — Indiens — Droit au statut d'« Indien » — Inscription — Plaintes relatives aux droits de la personne selon lesquelles les dispositions de la Loi sur les Indiens empêchant les enfants des plaignants d'être inscrits à titre d'« Indiens » constituaient un acte discriminatoire dans le cadre de la prestation de services destinés au public fondé sur la race, l'origine nationale ou ethnique, le sexe ou la situation de famille — Les plaintes constituaient-elles une attaque directe contre un texte de loi ou mettaient-elles en cause un acte discriminatoire dans la prestation d'un service? — Sens de « services » aux termes de l'art. 5 de la Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, c. H-6.

**Haaretz.com, Haaretz Daily Newspaper Ltd.,
Haaretz Group, Haaretz.co.il, Shlomi Barzel
and David Marouani** *Appellants*

v.

Mitchell Goldhar *Respondent*

and

**Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy
and Public Interest Clinic** *Intervener*

INDEXED AS: HAARETZ.COM v. GOLDHAR

2018 SCC 28

File No.: 37202.

2017: November 29; 2018: June 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Private international law — Choice of forum — Court having jurisdiction — Forum non conveniens — Libel action commenced in Ontario in respect of statements published in Israeli newspaper available electronically in Canada — Defendants bringing motion to stay action on grounds that Ontario court lacks jurisdiction or, alternatively, that Ontario court should decline to exercise its jurisdiction on basis of forum non conveniens — Whether situs of tort is reliable basis on which to presume real and substantial connection between chosen forum and subject matter of litigation in Internet defamation cases — If so, whether presumption of jurisdiction can be rebutted — Whether choice of law factor in forum non conveniens analysis for Internet defamation cases should be based on place where plaintiff suffered most substantial harm to reputation.

G is a prominent Canadian businessman who also owns one of the most popular professional soccer teams in Israel. H is Israel's oldest daily newspaper, which is published in print and online. H published an article about G, which the

**Haaretz.com, Haaretz Daily Newspaper Ltd.,
Haaretz Group, Haaretz.co.il, Shlomi Barzel
et David Marouani** *Appelants*

c.

Mitchell Goldhar *Intimé*

et

**Clinique d'intérêt public et de politique
d'internet du Canada Samuelson-Glushko**
Intervenante

RÉPERTORIÉ : HAARETZ.COM c. GOLDHAR

2018 CSC 28

N° du greffe : 37202.

2017 : 29 novembre; 2018 : 6 juin.

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

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

Droit international privé — Choix du tribunal — Jurisdiction compétente — Forum non conveniens — Action en diffamation intentée en Ontario à l'égard de propos diffusés dans un journal israélien qui pouvaient être consultés en ligne au Canada — Requête déposée par les défendeurs pour faire suspendre l'action au motif que le tribunal ontarien n'a pas compétence ou, subsidiairement, que le tribunal ontarien devrait décliner l'exercice de sa compétence pour cause de forum non conveniens — Le lieu du délit constitue-t-il un fondement fiable à partir duquel on peut présumer l'existence d'un lien réel et substantiel entre le ressort choisi et l'objet du litige dans les affaires de diffamation sur Internet? — Dans l'affirmative, la présomption de compétence peut-elle être réfutée? — Le facteur du choix du droit applicable dans l'analyse relative au forum non conveniens en matière de diffamation sur Internet doit-il reposer sur le lieu où le demandeur a subi l'atteinte la plus substantielle à sa réputation?

G est un homme d'affaires canadien bien connu qui est aussi propriétaire de l'une des équipes professionnelles de soccer les plus populaires en Israël. H est le plus ancien quotidien d'Israël et il est publié en version papier et en

latter alleges to be libellous. The main subject of the article is G's ownership and management of his Israeli soccer team, but the article also references his Canadian business and his approach to management. While the article was not distributed in print form in Canada, it was available electronically. G commenced an action for libel in Ontario, alleging damage to his reputation. H brought a motion to stay the action, arguing that Ontario courts lacked jurisdiction or, alternatively, that Israel was a clearly more appropriate forum. The motion judge dismissed H's motion, finding that Ontario courts had jurisdiction and refusing to decline to exercise this jurisdiction in favour of Israeli courts. A majority of the Ontario Court of Appeal dismissed H's appeal.

Held (McLachlin C.J. and Moldaver and Gascon JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the motion to stay the action granted.

Per Côté, Brown and Rowe JJ.: While multijurisdictional defamation claims are not new, the exponential increase in multijurisdictional publications over the Internet has led to growing concerns about libel tourism and the possible assumption of jurisdiction by an unlimited number of forums. The current rules for the assumption and exercise of jurisdiction are able to address these challenges so long as the underlying principles of stability and fairness are kept in mind. In this case, while the motion judge properly determined that he had jurisdiction (under the jurisdiction *simpliciter* test), he committed multiple errors in his *forum non conveniens* analysis. On a robust and careful assessment of the relevant factors tainted by these errors, Israel is a clearly more appropriate forum.

Central to a proper understanding of the conflicts rules of Canadian private international law is an appreciation of the distinct roles played by jurisdiction *simpliciter* and *forum non conveniens*, and how these must be understood and analysed as a cohesive whole. The jurisdiction *simpliciter* analysis is meant to ensure that a court has jurisdiction. This will be the case where a real and substantial connection exists between a chosen forum and the subject matter of the litigation. This test prioritizes order, stability and predictability by relying on objective connecting factors for the assumption of jurisdiction. The *forum non conveniens* analysis, on the other hand, is meant to guide courts in determining whether they should decline to exercise

l'analyse de la simple reconnaissance de compétence est de s'assurer que le tribunal a effectivement compétence. C'est le cas lorsqu'un lien réel et substantiel existe entre un ressort choisi et l'objet du litige. Ce critère accorde la priorité à l'ordre, la stabilité et la prévisibilité en fondant la déclaration de compétence sur des facteurs de rattachement objectifs. En revanche, l'analyse relative au *forum*

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver et Gascon sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et la requête en suspension de l'action est accueillie.

Les juges Côté, Brown et Rowe : Bien que les actions en diffamation touchant plusieurs ressorts ne soient pas nouvelles, l'augmentation exponentielle du nombre de publications sur Internet touchant plusieurs ressorts fait craindre de plus en plus le tourisme diffamatoire et la possibilité qu'un nombre illimité de tribunaux se déclarent compétents. Les règles actuelles relatives à la déclaration et à l'exercice de la compétence peuvent remédier à ces difficultés, pourvu que les principes fondamentaux de stabilité et d'équité soient pris en compte. En l'espèce, bien que le juge des requêtes ait eu raison de juger qu'il pouvait se déclarer compétent (selon le test de la simple reconnaissance de compétence), il a commis de multiples erreurs dans son analyse relative au *forum non conveniens*. D'après un examen minutieux et rigoureux des facteurs pertinents viciés par ces erreurs, Israël est un ressort nettement plus approprié.

Pour bien comprendre les règles régissant les conflits en droit international privé au Canada, il est essentiel de saisir les rôles distincts que jouent la simple reconnaissance de compétence et la doctrine du *forum non conveniens*, ainsi que le fait qu'elles doivent être interprétées et analysées comme un tout cohérent. La raison d'être de l'analyse de la simple reconnaissance de compétence est de s'assurer que le tribunal a effectivement compétence. C'est le cas lorsqu'un lien réel et substantiel existe entre un ressort choisi et l'objet du litige. Ce critère accorde la priorité à l'ordre, la stabilité et la prévisibilité en fondant la déclaration de compétence sur des facteurs de rattachement objectifs. En revanche, l'analyse relative au *forum*

that jurisdiction in favour of a clearly more appropriate forum. This doctrine emphasizes fairness and efficiency by adopting a case-by-case approach to this question.

At the jurisdiction *simpliciter* stage, in determining whether a real and substantial connection exists between a chosen forum and the subject matter of the litigation, a court must first consider whether the existence of a recognized presumptive connecting factor has been established. The *situs* of the tort, which is one such recognized factor, is a reliable basis on which to presume a real and substantial connection, even in Internet defamation cases. Raising doubt as to the value of the *situs* of the tort as a presumptive connecting factor in such cases, because of the ease with which publication can be established, would significantly undermine the objectives of predictability and order at the jurisdiction *simpliciter* stage. Concerns relating to the insufficiency of a presumptive connecting factor should be addressed either at the rebuttal stage of the jurisdiction *simpliciter* analysis or during the *forum non conveniens* analysis.

In this case, the tort of defamation was committed in Ontario, and therefore a presumptive connecting factor has been established. As a result, the Court must consider whether H has successfully rebutted the presumption. The ability to rebut the presumption of jurisdiction where there is only a weak relationship between the subject matter of the litigation and the forum serves as an important check on jurisdiction. A careful examination of this question is therefore of particular importance in Internet defamation cases, where a presumptive connecting factor can easily be established. Presumptive connecting factors must not give rise to an irrebuttable presumption of jurisdiction. In order for a defendant to succeed in challenging jurisdiction, the circumstances must demonstrate that the relationship between the forum and the subject matter of the litigation is such that it would not be reasonable to expect that the defendant would be called to answer proceedings in that jurisdiction. Assuming that these principles are properly applied, the *situs* of the tort will not give rise to an irrebuttable presumption of jurisdiction in Internet defamation cases. In the case at bar, H could have reasonably expected to be called to answer a legal proceeding in Ontario. As such, the presumption of jurisdiction is not rebutted.

non conveniens vise à aider les tribunaux à décider s'ils devraient décliner compétence en faveur d'un tribunal nettement plus approprié. Cette doctrine met l'accent sur l'équité et l'efficacité en tranchant cette question au cas par cas.

À l'étape de la simple reconnaissance de compétence, pour juger s'il existe un lien réel et substantiel entre un ressort choisi et l'objet du litige, le tribunal doit d'abord se demander si l'existence d'un facteur reconnu de rattachement créant une présomption a été établie. Le lieu du délit, l'un de ces facteurs reconnus, constitue un fondement fiable à partir duquel on peut présumer l'existence d'un lien réel et substantiel, et ce, même dans les affaires de diffamation sur Internet. Mettre en doute la valeur du lieu du délit en tant que facteur de rattachement créant une présomption dans les cas de ce genre en raison de la facilité avec laquelle on peut prouver la diffusion compromettrait sensiblement la réalisation des objectifs de prévisibilité et d'ordre à l'étape de la simple reconnaissance de compétence. Il convient d'aborder les préoccupations relatives à l'insuffisance d'un facteur de rattachement créant une présomption à l'étape de la réfutation de l'analyse relative à la simple reconnaissance de compétence, ou durant l'analyse du *forum non conveniens*.

En l'espèce, le délit de diffamation a été commis en Ontario, ce qui veut dire qu'un facteur de rattachement créant une présomption a été établi. Par conséquent, la Cour doit se demander si H a réussi à réfuter cette présomption. La possibilité de réfuter la présomption de compétence lorsqu'il n'existe qu'un lien ténu entre l'objet du litige et le ressort permet d'assurer le bien-fondé de la compétence du tribunal. Un examen minutieux de cette question revêt donc une importance particulière dans les affaires de diffamation sur Internet, où il est facile d'établir un facteur de rattachement créant une présomption. Les facteurs de rattachement créant une présomption ne doivent pas faire naître une présomption de compétence irréfutable. Pour que le défendeur conteste la compétence avec succès, il doit ressortir des circonstances que le rapport entre le ressort et l'objet du litige est tel qu'il serait déraisonnable de s'attendre à ce que le défendeur soit appelé à se défendre dans une action devant ce tribunal. À supposer que ces principes soient correctement appliqués, le lieu du délit ne fera pas naître une présomption de compétence irréfutable dans les affaires de diffamation sur Internet. En l'espèce, H pouvait raisonnablement s'attendre à être appelé à se défendre dans une instance judiciaire en Ontario. Ainsi, la présomption de compétence n'est pas réfutée.

At the *forum non conveniens* stage, the burden is on the defendant to satisfy the motion judge that the alternative forum is clearly more appropriate. While the normal state of affairs favours exercising jurisdiction in the forum where it is properly assumed, this should never come at the cost of one party facing unfair or clearly inefficient proceedings. Given the ease with which jurisdiction may be established in a defamation case, in a motion for a stay, a judge must conduct a robust and carefully scrutinized review of the issue of *forum non conveniens*. The establishment of a presumptive connecting factor is virtually automatic in Internet defamation cases. As the rebuttal stage of the jurisdiction *simpliciter* analysis fails to address all the consequences of this fact, it is appropriate for motion judges to be particularly attuned to concerns about fairness and efficiency during the *forum non conveniens* analysis in these types of cases. This should not be understood as imposing a different standard or burden for defamation cases.

As the *forum non conveniens* analysis is inherently factual in nature, courts of appeal should not normally interfere with a motion judge's factual findings. However, there are limits to deference. Where the motion judge has erred in principle, misapprehended or failed to take account of material evidence, or reached an unreasonable decision, courts of appeal may intervene. In the case at bar, the motion judge committed several errors, which tainted his *forum non conveniens* analysis on each of the factors they affected as well as his overall weighing of these factors. As a result, no deference should be afforded to these aspects of the motion judge's analysis and the Court may intervene.

Ultimately, H has established that holding a trial in Israel would be fairer and more efficient. Israel is clearly the more appropriate forum. A robust and careful *forum non conveniens* analysis of the relevant factors indicates that H would face substantial unfairness and inefficiency if a trial were held in Ontario. Comparative convenience and expense for the parties and comparative convenience and expense for the witnesses favour Israel. Loss of legitimate juridical advantage favours a trial in Ontario, but this factor should not weigh too heavily in the analysis. Fairness favours Israel, namely in view of G's significant business interest and reputation in that country and the significant unfairness that a trial in Ontario would impose on H. Enforcement slightly favours Israel as H has no

À l'étape de l'analyse du *forum non conveniens*, il incombe au défendeur de convaincre le juge des requêtes que l'autre tribunal serait nettement plus approprié. Même si en règle générale, la compétence doit être exercée par le tribunal qui s'est déclaré à juste titre compétent, cela ne devrait jamais se faire aux dépens d'une partie, pour qui l'instance serait injuste ou clairement inefficace. Étant donné la facilité avec laquelle la compétence peut être établie dans une affaire de diffamation, le juge saisi d'une requête en suspension de l'instance doit examiner rigoureusement et minutieusement la question du *forum non conveniens*. L'établissement d'un facteur de rattachement créant une présomption est presque automatique dans les affaires de diffamation sur Internet. Puisque l'étape de la réfutation de l'analyse relative à la simple reconnaissance de compétence ne tient pas compte de toutes les conséquences de ce fait, les juges des requêtes devraient être particulièrement sensibles aux préoccupations touchant l'équité et l'efficacité durant l'analyse du *forum non conveniens* dans ce type d'affaire. Il ne faut pas en déduire l'imposition d'une norme ou d'un fardeau différents dans les affaires de diffamation.

Comme l'analyse du *forum non conveniens* est intrinsèquement de nature factuelle, la cour d'appel ne devrait pas normalement modifier les conclusions de fait tirées par le juge des requêtes. La déférence comporte cependant des limites. Si le juge des requêtes a commis une erreur de principe, a mal interprété ou n'a pas pris en considération des éléments de preuve importants, ou a rendu une décision déraisonnable, la cour d'appel peut intervenir. Dans la présente affaire, le juge des requêtes a commis plusieurs erreurs, qui ont entaché son analyse relative au *forum non conveniens* pour ce qui est de chaque facteur qu'elles ont touché, ainsi que sa pondération générale de ces facteurs. Par conséquent, il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence à l'égard de ces aspects de l'analyse du juge des requêtes et la Cour peut intervenir.

Au bout du compte, H a établi qu'il serait plus juste et plus efficace de tenir un procès en Israël. Israël est nettement le ressort le plus approprié. Une analyse rigoureuse et minutieuse du *forum non conveniens* portant sur les facteurs pertinents indique que H se retrouverait dans une situation fort injuste et inefficace si le procès se déroulait en Ontario. Les coûts et la commodité pour les parties ainsi que les coûts et la commodité pour les témoins favorisent Israël. La perte d'un avantage juridique légitime milite en faveur de la tenue d'un procès en Ontario, mais il convient de ne pas accorder trop d'importance à ce facteur dans l'analyse. L'équité favorise Israël, notamment compte tenu du fait que G a une réputation et des intérêts commerciaux importants dans ce pays et de la grande injustice que

presence or assets in Ontario. Finally, while applicable law, as determined by the *lex loci delicti* principle — the place where the tort occurs —, favours Ontario in this case, this factor should be accorded little weight in the *forum non conveniens* analysis in cases where jurisdiction is established on the basis of the *situs* of the tort. In those circumstances, *lex loci delicti* will inevitably also point to the chosen forum on the question of applicable law.

This would not be an appropriate case to adopt the place of most substantial harm to reputation test for choice of law instead of *lex loci delicti*. Although in Internet defamation actions, where a tort may have occurred in multiple jurisdictions, the *lex loci delicti* rule may allow courts in multiple forums to assume jurisdiction and apply their own law, the Court should be reluctant to make such changes to the existing private international law framework, as this may create legal uncertainty in a manner contrary to the objectives of conflicts rules.

Per Karakatsanis J.: There is agreement with Côté J.'s conclusion and much of her reasoning. However, there is disagreement with two aspects of her analysis relating to *forum non conveniens*. When considering the applicable law factor, assessing what law would apply in the alternative jurisdiction is not helpful, as the ultimate question that motivates this factor is whether the plaintiff's chosen jurisdiction would be applying foreign law. Further, G's Israeli reputation is not material to the fairness factor, which is concerned with the plaintiff's interest in vindicating his reputation in the jurisdiction where he enjoys it. Ultimately, the overall conclusion reached by Côté J. on *forum non conveniens* does not turn on any of these elements, and therefore, the appeal should be allowed.

Per Abella J.: There is agreement with Côté J. that the appeal should be allowed. However, there is disagreement with her that the *lex loci delicti* rule should continue to serve as the basis for choice of law under the *forum non conveniens* analysis in cases of multijurisdictional Internet defamation. This standard approach to choice of law does not adequately respond to the unique issues and challenges raised by Internet defamation, where a single download can determine which law applies under a strict application of the *lex loci delicti* rule.

The framework for choice of law should therefore be modified by replacing *lex loci delicti* with a test based on

subirait H si le procès avait lieu en Ontario. L'exécution du jugement favorise légèrement Israël car H n'a ni bureau ni actifs en Ontario. Enfin, bien que le droit applicable fixé par le principe de la *lex loci delicti* — le lieu où le délit a été commis —, favorise l'Ontario en l'espèce, il convient d'accorder peu de poids à ce facteur dans l'analyse relative au *forum non conveniens*, lorsque la compétence est établie en fonction du lieu du délit. Dans ces situations, la *lex loci delicti* pointera aussi inévitablement vers le ressort choisi en matière de droit applicable.

Il ne serait pas judicieux d'adopter en l'espèce le test du lieu de l'atteinte la plus substantielle à la réputation au lieu de la *lex loci delicti* pour établir le droit applicable. Dans les affaires de diffamation sur Internet, où un délit peut avoir été commis dans plusieurs ressorts, la règle de la *lex loci delicti* peut permettre aux tribunaux de multiples ressorts de se déclarer compétents et d'appliquer leur propre droit, mais la Cour devrait être réticente à modifier le cadre existant du droit international privé, car ces modifications peuvent créer une incertitude juridique contraire aux objectifs des règles de conflits en droit international privé.

La juge Karakatsanis : Il y a accord avec la conclusion de la juge Côté et une bonne partie de son raisonnement. Il y a cependant désaccord avec deux aspects de son analyse relative au *forum non conveniens*. Lorsqu'il s'agit d'examiner le facteur du droit applicable, déterminer quel droit s'appliquerait dans l'autre ressort n'est pas utile, car la question capitale qui oriente ce facteur est de savoir si le ressort choisi par le demandeur appliquerait un droit étranger. De plus, la réputation de G en Israël n'a aucune importance pour le facteur de l'équité, qui s'attache à l'intérêt du demandeur à rétablir sa réputation dans le ressort où il en jouit. Au final, la conclusion générale à laquelle parvient la juge Côté sur la question du *forum non conveniens* ne repose sur aucun des éléments qui précèdent, et le pourvoi doit donc être accueilli.

La juge Abella : Il y a accord avec la juge Côté pour accueillir le pourvoi. Il y a toutefois désaccord avec son avis selon lequel la règle de la *lex loci delicti* devrait rester celle sur laquelle repose le choix du droit applicable selon l'analyse relative au *forum non conveniens* dans les cas de diffamation sur Internet touchant plusieurs ressorts. Cette approche standard quant au choix du droit applicable ne répond pas de manière adéquate aux enjeux et défis particuliers que présente la diffamation sur Internet, vu qu'un seul téléchargement peut déterminer quel droit s'applique d'après une application stricte de la règle de la *lex loci delicti*.

Il y a donc lieu de modifier le cadre standard pour le choix du droit applicable en remplaçant la règle de la

the place where the most substantial harm to the plaintiff's reputation occurred. This new approach would narrow the range of potentially applicable law in a rational way and would displace the law of the place of publication of the defamation with the law of the place with the most significant connection to the tort. It would also ensure that the choice of law rule reflects protection of reputation, which is at the core of the tort of defamation, and that the reasonable expectations of the publisher of the statement alleged to be defamatory as to where it could expect to be sued are properly considered, while at the same time striking a better balance between freedom of expression and harm to reputation.

Since there are symmetrical concerns between how the choice of law analysis proceeds and how jurisdiction is determined in Internet defamation cases, the same approach should be applied to determining jurisdiction. The current approach seems to make the assumption of jurisdiction automatic based on a single download. Since the essence of the harm in defamation is damage to reputation, the framework for determining jurisdiction should focus on where the plaintiff suffered the most substantial harm to his or her reputation. Such an approach allows the presumption of jurisdiction to be rebutted if the defendant can show that the most harm to the plaintiff's reputation occurred elsewhere.

Adopting the most substantial harm test for determining the choice of law under the *forum non conveniens* analysis, the place of most substantial harm to G's reputation is clearly Israel, and as a result, Israeli law should apply. The article in question is essentially about G and his conduct in Israel: it was about G's soccer team, one of Israel's most popular soccer teams, G's involvement in his team's management, and G's relationship with his players, coaches and trainers in Israel. It was researched, written and edited in Israel, addressed to an Israeli audience, and focused on someone who is a public figure there. Although G spends most of his time in Canada, he maintains an apartment in Israel and his connection to Israel is significant. Accordingly, the article would have a far greater impact on his reputation in Israel than in Canada.

As for the rest of the *forum non conveniens* analysis, on the basis that Israeli law applies, there is agreement

lex loci delicti par un critère fondé sur le lieu où s'est produite l'atteinte la plus substantielle à la réputation du demandeur. Cette nouvelle approche réduirait l'éventail des régimes de droit potentiellement applicables de façon rationnelle et remplacerait le droit du lieu de diffusion des propos diffamatoires par celui de l'endroit ayant le lien le plus substantiel avec le délit. Elle garantirait aussi que la règle régissant le choix du droit applicable traduit la protection de la réputation, laquelle est au cœur du délit de diffamation, et que soient dûment prises en compte les attentes raisonnables du diffuseur du propos présenté comme étant diffamatoire quant au lieu où il pourrait supposer être poursuivi, tout en établissant un meilleur équilibre entre la liberté d'expression et l'atteinte à la réputation.

Puisqu'il existe des préoccupations symétriques entre la manière dont l'analyse relative au choix du droit applicable est menée et celle consistant à déterminer la compétence dans les affaires de diffamation sur Internet, il y a lieu d'utiliser la même méthode pour établir la compétence. L'approche actuelle semble rendre la déclaration de compétence automatique, et ce, sur la base d'un seul téléchargement. Puisque l'essence du préjudice en matière de diffamation est l'atteinte à la réputation, le cadre servant à déterminer la compétence devrait être axé sur le lieu où le demandeur a subi l'atteinte la plus substantielle à sa réputation. Une telle approche permet de réfuter la présomption si le défendeur est en mesure de démontrer que l'atteinte la plus sérieuse à la réputation du demandeur s'est produite ailleurs.

Si l'on adopte le critère de l'atteinte la plus substantielle pour choisir le droit applicable dans le cadre de l'analyse du *forum non conveniens*, le lieu où l'atteinte à la réputation de G a été la plus substantielle est clairement Israël et, par conséquent, le droit israélien devrait s'appliquer. L'article en question traite essentiellement de G et de sa conduite en Israël : il porte sur l'équipe de soccer de G, l'une des équipes de soccer les plus populaires en Israël, sur l'implication de G dans la gestion de sa propre équipe et sur ses relations avec ses joueurs et entraîneurs en Israël. Les recherches, la rédaction et la révision de l'article ont été faites en Israël, celui-ci s'adressait à un public israélien, et il portait sur quelqu'un qui est une personnalité connue là-bas. Bien que G passe le plus clair de son temps au Canada, il conserve un appartement en Israël et son lien avec ce pays est important. L'article aurait donc sur la réputation de G un impact qui serait beaucoup plus grand en Israël qu'au Canada.

Quant au reste de l'analyse relative au *forum non conveniens*, comme le droit israélien s'applique, il y a

with Côté J. that Israel is the clearly more appropriate forum. All of the remaining factors — the comparative convenience/expense to the parties and witnesses, juridical advantage, fairness and enforcement — favour Israel.

Per Wagner J.: There is agreement with Côté J. that the appeal should be allowed. However, as set out in the reasons of Abella J., the choice of law rule during the *forum non conveniens* analysis should be modified for the tort of Internet defamation, from *lex loci delicti* to a test based on the place where the most substantial harm to the plaintiff's reputation occurred. Although it may be that in certain cases it would be challenging to identify the place of most substantial reputational harm, the range of possibly applicable law for a given dispute would be much narrower than with *lex loci delicti* and would be determined on a more principled basis. Adopting this new test for choice of law would have several positive effects and would not result in a heavy evidentiary burden for the parties.

With respect to the jurisdiction *simpliciter* analysis, a Canadian court should not conclude that it does not have jurisdiction over a dispute with significant connections to Canada, including potentially significant reputational harm suffered in Canada, simply because greater reputational harm occurred elsewhere. As a result, concerns raised by the unique nature of Internet defamation are best addressed by changes to the choice of law rule, rather than by changes to the jurisdiction *simpliciter* stage of the analysis. The inquiry at that stage is simply whether there is a real and substantial connection between the dispute and the Canadian forum, not whether this connection is greater than that between the dispute and any other forum. There is no reason why this should be different in the context of Internet defamation.

In this case, when the most substantial harm test is applied to the facts, Israel is the clearly more appropriate forum.

Per McLachlin C.J. and Moldaver and Gascon JJ. (dissenting): The appeal should be dismissed. When a Canadian citizen is allegedly defamed for his Canadian business practices — in an article published online in his home province by a foreign newspaper — he is entitled to vindicate his reputation in the courts of the province where he lives and maintains his business, and where the sting of the article's comments is felt.

accord avec l'opinion de la juge Côté qu'Israël est le ressort nettement plus approprié. L'ensemble des autres facteurs — la commodité et le coût pour les parties et les témoins, l'avantage juridique, l'équité envers les parties ainsi que l'exécution du jugement — militent en faveur d'Israël.

Le juge Wagner : Il y a accord avec la juge Côté pour accueillir le pourvoi. Toutefois, comme l'indiquent les motifs de la juge Abella, il convient de modifier la règle régissant le choix du droit applicable au délit de diffamation sur Internet pendant l'analyse relative au *forum non conveniens*, en remplaçant celle de la *lex loci delicti* par un critère fondé sur le lieu où s'est produite l'atteinte la plus substantielle à la réputation du demandeur. Bien qu'il puisse être difficile dans certains cas de cerner le lieu de cette atteinte, l'éventail des régimes de droit potentiellement applicables à un litige donné sera beaucoup plus restreint qu'avec la *lex loci delicti*, et établi davantage en fonction de principes. Adopter ce nouveau critère pour choisir le droit applicable aurait plusieurs répercussions positives et n'imposerait pas un lourd fardeau de preuve aux parties.

En ce qui concerne l'analyse de la simple reconnaissance de compétence, un tribunal canadien ne devrait pas conclure qu'il n'a pas compétence sur un litige ayant des liens étroits avec le Canada, même dans les cas où l'atteinte à la réputation qui y a été subie est significative, tout simplement parce qu'une atteinte encore plus grande à la réputation s'est produite ailleurs. En conséquence, la meilleure façon de répondre aux préoccupations soulevées par la spécificité de la diffamation sur Internet consiste à choisir différemment le droit applicable, plutôt qu'à modifier l'étape de l'analyse portant sur la simple reconnaissance de compétence. À cette étape, on n'a qu'à se demander s'il existe un lien réel et substantiel entre le litige et le tribunal canadien, et non si ce lien est plus étroit que celui unissant le litige à tout autre tribunal. Il n'y a aucune raison pour laquelle il devrait en être autrement dans le contexte de la diffamation sur Internet.

Lorsqu'on applique le critère de l'atteinte la plus substantielle aux faits de l'espèce, Israël est le ressort nettement plus approprié.

La juge en chef McLachlin et les juges Moldaver et Gascon (dissidents) : Le pourvoi devrait être rejeté. Le citoyen canadien qui estime avoir été diffamé au sujet de ses pratiques commerciales au Canada dans un article diffusé en ligne dans sa propre province par un journal étranger a le droit de rétablir sa réputation devant les tribunaux de la province où il habite, où il exploite son entreprise et où se fait sentir l'affront de l'article.

The current rules that govern the application of the test for jurisdiction *simpliciter* readily accommodate multi-jurisdictional defamation cases, even in the Internet age. The commission of a tort in the jurisdiction remains a sound presumptive connecting factor on which to establish *prima facie* jurisdiction even in the context of Internet defamation cases, because the sting of the defamation is felt in the place where it is read. In this case, it is not contested that the allegedly libellous article was consulted by 200 to 300 people in Canada; therefore, a tort of defamation was committed in Ontario. There is no valid reason to reconsider or set aside this clearly established presumptive connecting factor.

While a presumptive connecting factor may be established virtually automatically in Internet defamation cases, a court does not necessarily assume jurisdiction. If there is no real and substantial connection between the action and the forum, the presumptive connecting factor would be rebutted. Reasonable foreseeability is central to the rebuttal step of the analysis: the strength of the relationship between the subject of the litigation and the forum is informed by the reasonable foreseeability of the claim proceeding in that jurisdiction. Without this important check of reasonable foreseeability of being sued in the jurisdiction, the presumptive connecting factor of the commission of a tort in the jurisdiction could raise concerns of forum shopping. Reasonable foreseeability is therefore an important limit on the ease with which jurisdiction can be presumptively assumed in defamation cases, especially over the Internet. In the present case, it was more than reasonably foreseeable that H would be sued in Ontario. The article was highly critical of G's management style, allegedly imported from his Canadian business. Furthermore, H made the article readily available to readers worldwide through online publication. It is entirely foreseeable that a Canadian citizen and resident would want to vindicate his Canadian reputation as the owner of his Canadian businesses in a Canadian court. Therefore, the presumption of jurisdiction was not rebutted and Ontario courts have jurisdiction. The facts undeniably reveal a real and substantial connection between this case and Ontario.

If the analysis at the rebuttal stage is done properly, with an adequate consideration of reasonable foreseeability, there is no need to apply a robust and carefully

Les règles qui régissent l'application du critère de la simple reconnaissance de compétence s'adaptent aisément aux affaires de diffamation multijuridictionnelles, même à l'ère d'Internet. La perpétration d'un délit dans un ressort demeure un facteur valable de rattachement créant une présomption qui peut servir à établir la compétence à première vue d'un tribunal, même dans les affaires de diffamation sur Internet, puisque l'affront de la diffamation se fait sentir là où est lu l'article. Dans la présente affaire, nul ne conteste qu'entre 200 et 300 personnes au Canada ont consulté l'article prétendument diffamatoire; un délit de diffamation a donc été commis en Ontario. Il n'y a aucune raison valable de réexaminer ou d'écarter ce facteur de rattachement créant une présomption clairement établi.

Bien qu'un facteur de rattachement créant une présomption puisse s'établir presque automatiquement dans les affaires de diffamation sur Internet, le tribunal concerné ne se déclarera pas forcément compétent chaque fois. S'il n'y a aucun lien réel et substantiel entre le recours et le tribunal, cela réfuterait la présomption créée par le facteur de rattachement. La prévisibilité raisonnable est au cœur de l'étape de l'analyse portant sur la réfutation : la solidité du rapport entre l'objet du litige et le tribunal est fonction de la question de savoir s'il est raisonnablement prévisible que le recours aille de l'avant dans le ressort en question. Si l'on ne se questionne pas sur le caractère raisonnablement prévisible d'une poursuite dans ce ressort, le fait d'utiliser la perpétration du délit dans le ressort comme facteur de rattachement créant une présomption pourrait susciter des inquiétudes au sujet de la recherche abusive du ressort le plus favorable au demandeur. Ainsi, la prévisibilité raisonnable apporte une limite importante à la facilité avec laquelle les tribunaux peuvent se déclarer compétents sur la base d'une présomption dans des affaires de diffamation, surtout dans Internet. En l'espèce, il était plus que raisonnablement prévisible que H fasse l'objet d'une poursuite en Ontario. L'article critiquait vivement le style de gestion de G, qu'il aurait repris de ses entreprises canadiennes. Qui plus est, en le publiant en ligne, H a rendu l'article facilement accessible aux lecteurs du monde entier. Il est tout à fait prévisible qu'un citoyen canadien qui réside au Canada veuille tenter de rétablir devant un tribunal canadien sa réputation au Canada en tant que propriétaire d'entreprises canadiennes. Par conséquent, la présomption de compétence n'a pas été réfutée et les tribunaux ontariens ont compétence. Les faits tissent indéniablement un lien réel et substantiel entre la présente affaire et l'Ontario.

Si l'analyse à l'étape de la réfutation est menée de façon adéquate et tient dûment compte de la prévisibilité raisonnable, il n'est aucunement nécessaire de procéder

scrutinized *forum non conveniens* analysis, as suggested by Côté J. This new standard would frustrate the predictability and stability that is at the core of the applicable framework. The basis of the *forum non conveniens* analysis is the clearly more appropriate forum test, which sets a high threshold for displacing the forum chosen by the plaintiff. This purposefully stringent and consistently upheld threshold should not be lowered, whether through lenient application or through a robust and carefully scrutinized review. Furthermore, a motion judge's discretionary decision whether or not to decline jurisdiction on the basis of *forum non conveniens* is entitled to considerable deference, and having appellate courts apply the proposed robust and carefully scrutinized approach would disregard the discretionary nature of *forum non conveniens* decisions. A motion judge's exercise of his discretionary power or assessment of the evidence should not be interfered with where it is not tainted by any error, or when only tainted by errors that have no impact on the result.

In this case, an assessment of the factors in the *forum non conveniens* analysis indicates that they do not meet the test of showing that Israel is a clearly more appropriate forum than Ontario. Only the factor of comparative convenience and expense for the parties and witnesses favours Israel, and this only slightly so with respect to the witnesses. The enforcement of judgment factor does not weigh heavily in the analysis. The factor of loss of legitimate juridical advantage weighs in favour of Ontario, and, most importantly, the key factors of applicable law and fairness to the parties weigh heavily in favour of Ontario.

With respect to the applicable law factor, the most substantial harm test to determine the applicable law in multijurisdictional Internet defamation cases should not be adopted in place of *lex loci delicti*. Such a rule is highly subjective, and will not reliably point to one jurisdiction. It does not provide a clear answer where a person lives and maintains an important reputation in one jurisdiction, but acts — and is the subject of defamatory statements — in another jurisdiction. It would also lead to complex preliminary motions requiring substantial evidence which would increase delay and expense. In terms of the proper approach to balancing this factor in the *forum non conveniens* analysis, it is entirely appropriate for courts to only look at the chosen forum in determining the applicable law. Requiring courts to assess the choice of law rules of a foreign jurisdiction may require extensive evidence, needlessly complicating the pre-trial motion stage of the

à une analyse minutieuse et rigoureuse du *forum non conveniens*, comme l'affirme la juge Côté. Cette nouvelle norme contrecarrerait la prévisibilité et la stabilité qui sont au cœur du cadre applicable. L'analyse relative au *forum non conveniens* se fonde sur le critère du ressort nettement plus approprié, qui est une norme élevée à laquelle il faut satisfaire pour écarter le ressort choisi par le demandeur. Il n'y a pas lieu d'assouplir cette norme résolument stricte et invariablement confirmée, que ce soit par un relâchement de son application ou au moyen d'un examen minutieux et rigoureux. En outre, la décision discrétionnaire d'un juge des requêtes de décliner ou non compétence sur le fondement du *forum non conveniens* commande une grande déférence, et le fait d'obliger les cours d'appel à appliquer l'approche minutieuse et rigoureuse proposée reviendrait à négliger la nature discrétionnaire des décisions en matière de *forum non conveniens*. On doit s'abstenir d'intervenir à l'égard de l'exercice par le juge des requêtes de son pouvoir discrétionnaire, ou de l'évaluation qu'il a faite de la preuve, lorsque ceux-ci ne sont entachés d'aucune erreur ou sont uniquement entachés d'erreurs qui n'ont aucune incidence sur le résultat.

En l'espèce, l'évaluation des facteurs à prendre en compte dans l'analyse relative au *forum non conveniens* indique qu'ils ne démontrent pas qu'Israël constitue un ressort nettement plus approprié que l'Ontario. Seul le facteur du coût et des inconvénients pour les parties et les témoins milite en faveur d'Israël et il ne favorise ce pays que légèrement dans le cas des témoins. Le facteur de l'exécution du jugement ne pèse pas lourd dans l'analyse. Le facteur de la perte d'un avantage juridique légitime favorise l'Ontario et, ce qui est le plus important, les facteurs clés du droit applicable et de l'équité envers les parties militent fortement en faveur de l'Ontario.

Quant au facteur du droit applicable, il ne convient pas d'adopter la règle du lieu de l'atteinte la plus substantielle au lieu de la *lex loci delicti* pour déterminer le droit applicable dans les affaires de diffamation multijuridictionnelles sur Internet. Cette règle est très subjective et ne pointe pas de manière fiable vers un seul ressort. Elle ne fournit pas de réponse claire quand une personne vit et jouit d'une grande réputation dans un ressort, mais agit — et fait l'objet de propos diffamatoires — dans un autre ressort. En outre, son application donnerait lieu à des requêtes préliminaires complexes nécessitant la présentation d'une preuve abondante qui allongerait les délais et augmenterait les coûts. En ce qui concerne la pondération adéquate de ce facteur dans l'analyse relative au *forum non conveniens*, il est tout à fait indiqué pour les tribunaux de se pencher uniquement sur le ressort choisi afin d'établir le droit applicable. Obliger les tribunaux à

proceedings. Where jurisdiction is based on the *situs* of the tort, the applicable law under *lex loci delicti* will indeed point to the forum. This does not mean that the applicable law factor should be granted little weight in the *forum non conveniens* analysis; rather, giving due weight to this factor reflects the notion that a case should proceed in a forum that properly has jurisdiction over the matter unless another forum is clearly more appropriate. Holding that the applicable law should be given little weight ignores the importance of the territorial jurisdiction of the chosen forum, and distorts the *forum non conveniens* analysis in favour of the foreign jurisdiction.

The *lex loci delicti* rule directs courts to apply their domestic law after having found that the tort of defamation occurred within their jurisdiction. Defamation law is directed to the protection of reputation. For choice of law purposes, it is therefore logical that a court of a jurisdiction where publication occurred is entitled to apply its own law. This remains true even if a tort took place simultaneously in another jurisdiction. In this case, as the applicable law is that of Ontario, this factor strongly favours Ontario over Israel.

With respect to fairness, this factor, along with the efficient resolution of disputes, is the cornerstone of *forum non conveniens*. The Court has repeatedly emphasized the importance of plaintiffs being allowed to sue for defamation in the locality where they enjoy their reputation. In the instant case, G has a real and long-standing reputational interest in Ontario. His reputation in Israel is not material to the analysis. It is therefore not unfair that Ontario be the forum deciding the dispute.

Following the *forum non conveniens* analysis, Israel has not emerged as a forum that would be more appropriate than Ontario to hear the case, much less a clearly more appropriate forum.

Cases Cited

By Côté J.

Applied: *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; **considered:** *Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.*, 2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636; *Moore v. Bertuzzi*, 2014 ONSC 1318, 53 C.P.C. (7th) 237; **referred**

évaluer les règles d'un État étranger qui régissent le choix du droit applicable pourrait rendre nécessaire la production d'une preuve abondante et compliquer ainsi inutilement l'étape des requêtes préliminaires. Lorsque la compétence se fonde sur le lieu du délit, le droit applicable suivant la *lex loci delicti* pointera effectivement vers le ressort en question. Cela ne veut pas dire qu'il convient d'accorder peu de poids au facteur du droit applicable dans l'analyse relative au *forum non conveniens*; attribuer à ce facteur le poids qui lui revient traduit plutôt l'idée qu'une affaire doit être instruite par un tribunal qui a, à juste titre, compétence en la matière à moins qu'un autre tribunal soit nettement plus approprié. La conclusion qu'il y a lieu d'accorder peu de poids au droit applicable ne tient pas compte de l'importance que revêt la compétence territoriale du tribunal choisi et dénature l'analyse relative au *forum non conveniens* en faveur du tribunal étranger.

La règle de la *lex loci delicti* enjoint aux tribunaux d'appliquer leur droit interne lorsqu'ils concluent que le délit de diffamation s'est manifesté dans leur ressort. Le droit de la diffamation vise à protéger la réputation. Lorsque vient le temps de choisir le droit applicable, la logique veut donc qu'un tribunal puisse appliquer son propre droit s'il est du ressort où la diffusion a eu lieu, et ce, même si le délit a été commis simultanément dans un autre ressort. Puisque le droit applicable en l'espèce est celui de l'Ontario, ce facteur favorise grandement l'Ontario par rapport à Israël.

Pour ce qui est de l'équité, ce facteur constitue, avec le règlement efficace des litiges, la pierre angulaire du *forum non conveniens*. La Cour a maintes fois souligné l'importance de permettre aux demandeurs d'intenter une action en diffamation dans la localité où ils jouissent de leur réputation. En l'espèce, G a un véritable intérêt de longue date dans sa réputation en Ontario. Sa réputation en Israël n'est pas pertinente pour l'analyse. Il n'est donc pas inéquitable que le litige soit tranché en Ontario.

Au terme de l'analyse relative au *forum non conveniens*, Israël n'est pas ressorti comme un ressort plus approprié — et encore moins comme un ressort nettement plus approprié — que l'Ontario pour l'instruction de la présente affaire.

Jurisprudence

Citée par la juge Côté

Arrêts appliqués : *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; **arrêts examinés :** *Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.*, 2012 CSC 18, [2012] 1 R.C.S. 636; *Moore c. Bertuzzi*, 2014 ONSC 1318, 53 C.P.C. (7th)

to: *Breeden v. Black*, 2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666; *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535; *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20; *Charron Estate v. Village Resorts Ltd.*, 2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Crookes v. Newton*, 2011 SCC 47, [2011] 3 S.C.R. 269; *Crookes v. Holloway*, 2007 BCSC 1325, 75 B.C.L.R. (4th) 316, aff'd 2008 BCCA 165, 77 B.C.L.R. (4th) 201; *Barrick Gold Corp. v. Blanchard & Co.* (2003), 9 B.L.R. (4th) 316.

By Karakatsanis J.

Referred to: *Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.*, 2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636; *Breeden v. Black*, 2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666.

By Abella J.

Considered: *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572; **referred to:** *Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.*, 2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636; *eDate Advertising GmbH v. X*, C-509/09, C-161/10, [2011] E.C.R. I-10302; *Beals v. Saldanha*, 2003 SCC 72, [2003] 3 S.C.R. 416; *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Lapointe Rosenstein Marchand Melançon LLP v. Cassels Brock & Blackwell LLP*, 2016 SCC 30, [2016] 1 S.C.R. 851.

By Wagner J.

Considered: *Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.*, 2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636; **referred to:** *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572.

By McLachlin C.J. and Moldaver and Gascon JJ. (dissenting)

Club Resorts Ltd. v. Van Breda, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572; *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Breeden v. Black*, 2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666; *Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.*, 2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636; *Paulsson v. Cooper*, 2011 ONCA 150, 105 O.R. (3d) 28; *Barrick Gold Corp. v. Blanchard & Co.* (2003), 9 B.L.R. (4th) 316; *Lapointe Rosenstein Marchand Melançon LLP v. Cassels Brock & Blackwell LLP*, 2016 SCC 30, [2016] 1 S.C.R. 851; *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897; *Egbert v. Short*, [1907] 2 Ch. 205; *St. Pierre v. South American Stores (Gath and*

237; arrêts mentionnés : Breeden c. Black, 2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666; *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535; *Muscutt c. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20; *Charron Estate c. Village Resorts Ltd.*, 2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Crookes c. Newton*, 2011 CSC 47, [2011] 3 R.C.S. 269; *Crookes c. Holloway*, 2007 BCSC 1325, 75 B.C.L.R. (4th) 316, conf. par 2008 BCCA 165, 77 B.C.L.R. (4th) 201; *Barrick Gold Corp. c. Blanchard & Co.* (2003), 9 B.L.R. (4th) 316.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.*, 2012 CSC 18, [2012] 1 R.C.S. 636; *Breeden c. Black*, 2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666.

Citée par la juge Abella

Arrêts examinés : *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572; **arrêts mentionnés :** *Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.*, 2012 CSC 18, [2012] 1 R.C.S. 636; *eDate Advertising GmbH c. X*, C-509/09, C-161/10, [2011] E.C.R. I-10302; *Beals v. Saldanha*, 2003 CSC 72, [2003] 3 R.C.S. 416; *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Lapointe Rosenstein Marchand Melançon S.E.N.C.R.L. c. Cassels Brock & Blackwell LLP*, 2016 CSC 30, [2016] 1 R.C.S. 851.

Citée par le juge Wagner

Arrêt examiné : *Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.*, 2012 CSC 18, [2012] 1 R.C.S. 636; **arrêt mentionné :** *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572.

Citée par la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver et Gascon (dissidents)

Club Resorts Ltd. c. Van Breda, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572; *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Breeden c. Black*, 2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666; *Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.*, 2012 CSC 18, [2012] 1 R.C.S. 636; *Paulsson c. Cooper*, 2011 ONCA 150, 105 O.R. (3d) 28; *Barrick Gold Corp. c. Blanchard & Co.* (2003), 9 B.L.R. (4th) 316; *Lapointe Rosenstein Marchand Melançon S.E.N.C.R.L. c. Cassels Brock & Blackwell LLP*, 2016 CSC 30, [2016] 1 R.C.S. 851; *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897; *Egbert c. Short*, [1907] 2 Ch. 205; *St. Pierre c. South American*

Chaves), Limited, [1936] 1 K.B. 382; *Rockware Glass Ltd. v. MacShannon*, [1978] 2 W.L.R. 362; *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 A.C. 460; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 SCC 78, [2002] 4 S.C.R. 205; *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 SCC 40, [2003] 2 S.C.R. 63; *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214; *Jenner v. Sun Oil Co.*, [1952] 2 D.L.R. 526.

Statutes and Regulations Cited

Defamation Act 2005 (N.S.W.), s. 11(3).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 1.08, 47.01, Tariff A.

Authors Cited

Australia. Law Reform Commission. *Unfair Publication: Defamation and Privacy*. Canberra, 1979.

Blom, Joost, and Elizabeth Edinger. “The Chimera of the Real and Substantial Connection Test” (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 373.

Brown on Defamation: Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States, 2nd ed. by Raymond E. Brown. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2017, release 5).

Canadian Encyclopedic Digest, vol. 10, Ontario 4th ed. Toronto: Carswell, 2009 (loose-leaf updated 2018, release 2).

Castel, J.-G. “Multistate Defamation: Should the Place of Publication Rule be Abandoned for Jurisdiction and Choice of Law Purposes?” (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 153.

Castel, Jean-Gabriel. “The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law” (2007), 52 *McGill L.J.* 555.

Castel, Matthew. “Jurisdiction and Choice of Law Issues in Multistate Defamation on the Internet” (2013), 51 *Alta. L. Rev.* 153.

Cruz Villalón, Pedro. *Opinion of Advocate General Cruz Villalón*, C-509/09, C-161/10, [2011] E.C.R. I-10272.

Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th ed. by Lord Collins of Mapesbury. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2012.

Downard, Peter A. *The Law of Libel in Canada*, 4th ed. Toronto: LexisNexis Canada, 2018.

Kain, Brandon, Elder C. Marques and Byron Shaw. “Developments in Private International Law: The 2011-2012 Term — The Unfinished Project of the *Van Breda* Trilogy” (2012), 59 *S.C.L.R.* (2d) 277.

Law Commission of Ontario. *Defamation Law in the Internet Age: Consultation Paper*, Toronto, 2017

Stores (Gath and Chaves), Limited, [1936] 1 K.B. 382; *Rockware Glass Ltd. c. MacShannon*, [1978] 2 W.L.R. 362; *Spiliada Maritime Corporation c. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 A.C. 460; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205; *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 CSC 40, [2003] 2 R.C.S. 63; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214; *Jenner c. Sun Oil Co.*, [1952] 2 D.L.R. 526.

Lois et règlements cités

Defamation Act 2005 (N.S.W.), art. 11(3).
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 1.08, 47.01, Tarif A.

Doctrine et autres documents cités

Australia. Law Reform Commission. *Unfair Publication: Defamation and Privacy*, Canberra, 1979.

Blom, Joost, and Elizabeth Edinger. « The Chimera of the Real and Substantial Connection Test » (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 373.

Brown on Defamation: Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States, 2nd ed. by Raymond E. Brown, Toronto, Carswell, 1994 (loose-leaf updated 2017, release 5).

Canadian Encyclopedic Digest, vol. 10, Ontario 4th ed., Toronto, Carswell, 2009 (loose-leaf updated 2018, release 2).

Castel, J.-G. « Multistate Defamation: Should the Place of Publication Rule be Abandoned for Jurisdiction and Choice of Law Purposes? » (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 153.

Castel, Jean-Gabriel. « The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law » (2007), 52 *R.D. McGill* 555.

Castel, Matthew. « Jurisdiction and Choice of Law Issues in Multistate Defamation on the Internet » (2013), 51 *Alta. L. Rev.* 153.

Commission du droit de l’Ontario. *La diffamation à l’époque de l’Internet: Document de consultation*, Toronto, 2017 (en ligne : https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2018/02/Defamation-Consultation-Paper_FR.pdf; version archivée : http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC28_1_fra.pdf).

Cruz Villalón, Pedro. *Conclusions de l’avocat général M. Pedro Cruz Villalón*, C-509/09, C-161/10, [2011] E.C.R. I-10272.

Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, 15th ed. by Lord Collins of Mapesbury, London, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2012.

(online: <http://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2017/12/Defamation-Consultation-Paper-Eng.pdf>; archived version: http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018/SCC-CSC28_1_eng.pdf).

Martin, Craig. “*Tolofson* and Flames in Cyberspace: The Changing Landscape of Multistate Defamation” (1997), 31 *U.B.C. L. Rev.* 127.

Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.

Schmitz, Sandra. “From Where are They Casting Stones? — Determining Jurisdiction in Online Defamation Claims” (2012), 6 *Masaryk U. J.L. & Tech.* 159.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Simmons, Cronk and Pepall JJ.A.), 2016 ONCA 515, 132 O.R. (3d) 331, 349 O.A.C. 132, 401 D.L.R. (4th) 634, [2016] O.J. No. 3471 (QL), 2016 CarswellOnt 10242 (WL Can.), affirming a decision of Faieta J., 2015 ONSC 1128, 125 O.R. (3d) 619, [2015] O.J. No. 1084 (QL), 2015 CarswellOnt 3080 (WL Can.). Appeal allowed, McLachlin C.J. and Moldaver and Gascon JJ. dissenting.

Paul B. Schabas, Kaley Pulfer and Brittiny Rabinovitch, for the appellants.

William C. McDowell, Julian Porter, Q.C., and *Brian Kolenda*, for the respondent.

Jeremy de Beer, Marina Pavlović and David Fewer, for the intervener.

The reasons of Côté, Brown and Rowe JJ. were delivered by

CÔTÉ J. —

I. Introduction

[1] This appeal has to do with the rules for the assumption and exercise of jurisdiction in the context of multijurisdictional defamation claims. While these types of claims are not new, the exponential increase in multijurisdictional publications over the Internet has led to growing concerns about libel tourism and

Downard, Peter A. *The Law of Libel in Canada*, 4th ed, Toronto, LexisNexis Canada, 2018.

Kain, Brandon, Elder C. Marques and Byron Shaw. « Developments in Private International Law : The 2011-2012 Term — The Unfinished Project of the *Van Breda* Trilogy » (2012), 59 *S.C.L.R.* (2d) 277.

Martin, Craig. « *Tolofson* and Flames in Cyberspace : The Changing Landscape of Multistate Defamation » (1997), 31 *U.B.C. L. Rev.* 127.

Pitel, Stephen G. A., and Nicholas S. Rafferty. *Conflict of Laws*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.

Schmitz, Sandra. « From Where are They Casting Stones? — Determining Jurisdiction in Online Defamation Claims » (2012), 6 *Masaryk U. J.L. & Tech.* 159.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Simmons, Cronk et Pepall), 2016 ONCA 515, 132 O.R. (3d) 331, 349 O.A.C. 132, 401 D.L.R. (4th) 634, [2016] O.J. No. 3471 (QL), 2016 CarswellOnt 10242 (WL Can.), confirmant une décision du juge Faieta, 2015 ONSC 1128, 125 O.R. (3d) 619, [2015] O.J. No. 1084 (QL), 2015 CarswellOnt 3080 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver et Gascon sont dissidents.

Paul B. Schabas, Kaley Pulfer et Brittiny Rabinovitch, pour les appelants.

William C. McDowell, Julian Porter, c.r., et *Brian Kolenda*, pour l’intimé.

Jeremy de Beer, Marina Pavlović et David Fewer, pour l’intervenante.

Version française des motifs des juges Côté, Brown et Rowe rendus par

LA JUGE CÔTÉ —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi porte sur les règles relatives à la déclaration et à l’exercice de la compétence dans le contexte d’une action en diffamation touchant plusieurs ressorts. Bien que ces types d’actions ne soient pas nouveaux, l’augmentation exponentielle du nombre de publications sur Internet

the possible assumption of jurisdiction by an unlimited number of forums.

[2] For the reasons set out below, I find that the current rules are able to address these challenges so long as the underlying principles of stability and fairness are kept in mind.

[3] While the motion judge in this case properly determined that he had jurisdiction (under the jurisdiction *simpliciter* test), he committed multiple errors in his *forum non conveniens* analysis. On a robust and careful assessment of the relevant factors tainted by these errors, I conclude that Israel is a clearly more appropriate forum for this claim to be heard.

[4] The appeal should be allowed.

II. Background and Facts

[5] The respondent, Mitchell Goldhar, is a prominent Canadian businessman who owns and operates SmartCentres Inc. in Ontario. He also owns the Maccabi Tel Aviv Football Club (“Maccabi Tel Aviv”), one of the most popular professional soccer teams in Israel. Goldhar, who has been described as a celebrity in Israel, maintains a residence there and travels there every few months.

[6] The corporate appellants publish Israel’s oldest daily newspaper in both English and Hebrew, in print and online. It has a distribution of about 70,000 print copies in Israel. The individual appellants are, respectively, the newspaper’s former sports editor and the author of the article alleged to be libellous. Collectively, the appellants are referred to as “Haaretz”.

[7] On November 29, 2011, Haaretz published an article about Goldhar, which the latter alleges to be libellous. The main subject of the article is Goldhar’s ownership and management of Maccabi Tel Aviv.

touchant plusieurs ressorts fait craindre de plus en plus le tourisme diffamatoire et la possibilité qu’un nombre illimité de tribunaux se déclarent compétents.

[2] Pour les motifs exposés ci-après, j’estime que les règles actuelles peuvent remédier à ces difficultés, pourvu que les principes fondamentaux de stabilité et d’équité soient pris en compte.

[3] Bien que le juge des requêtes en l’espèce ait eu raison de juger qu’il pouvait se déclarer compétent (selon le test de la simple reconnaissance de compétence), il a commis de multiples erreurs dans son analyse relative au *forum non conveniens*. Après un examen minutieux et rigoureux des facteurs pertinents viciés par ces erreurs, je conclus qu’Israël est un ressort nettement plus approprié pour l’instruction du présent recours.

[4] Le pourvoi doit être accueilli.

II. Contexte et faits

[5] L’intimé, Mitchell Goldhar, est un homme d’affaires canadien bien connu qui est propriétaire de SmartCentres Inc. et qui exploite cette société en Ontario. Il est aussi propriétaire du club de soccer Maccabi Tel Aviv (« Maccabi Tel Aviv »), une des équipes professionnelles de soccer les plus populaires en Israël. Goldhar, reconnu comme une célébrité en Israël, y possède une résidence et s’y rend plusieurs fois par année.

[6] Les sociétés appelantes publient le plus ancien quotidien d’Israël en anglais et en hébreu, en version papier et en ligne. Environ 70 000 copies papier sont distribuées en Israël. Les appelants individuels sont, respectivement, l’ancien rédacteur des nouvelles sportives du quotidien et l’auteur de l’article qualifié de diffamatoire. Les appelants sont appelés collectivement « Haaretz ».

[7] Le 29 novembre 2011, Haaretz a publié un article au sujet de Goldhar, qui le qualifie de diffamatoire. L’article porte principalement sur la gestion du Maccabi Tel Aviv par Goldhar, son propriétaire.

That being said, it also references his Canadian business and his approach to management, as follows:

Though he spends most of his time in Canada, Maccabi Tel Aviv owner Mitch Goldhar runs his club down to every detail. But could his penny pinching and lack of long term planning doom the team.

...

Crises are par for the course at Maccabi Tel Aviv, even when the club appears to be on an even keel. Most of the crises don't make it onto the public's radar, but they have one thing in common: their connection to [*sic*] way that Canadian owner Mitch Goldhar runs the club.

...

Goldhar's management model was imported directly from his main business interest — a partnership with Wal-Mart to operate shopping centers in Canada.

...

Within the club, however, there are those who believe that Goldhar's managerial culture is based on overconcentration bordering on megalomania, penny-pinching and a lack of long-term planning.

...

Goldhar boasts to his business contacts in Toronto that he is not only the owner of Maccabi Tel Aviv but also its soccer director.

(Reproduced in 2016 ONCA 515, 132 O.R. (3d) 331, Appendix "A".)

The article was researched, written and edited in Israel, primarily in reliance on Israeli sources.

[8] The article was published in print and electronically in Hebrew and English. While it was not distributed in print form in Canada, it was available electronically. The motion judge found it likely that 200 to 300 people in Canada read the article; by

Cela dit, il comporte également des mentions de son entreprise canadienne et de sa méthode de gestion :

[TRADUCTION] Bien qu'il passe le plus clair de son temps au Canada, le propriétaire du Maccabi Tel Aviv, Mitch Goldhar, dirige son club jusque dans les moindres détails. Se pourrait-il cependant que sa pingrerie et son manque de planification à long terme mènent l'équipe à sa perte?

...

Les crises sont monnaie courante chez le Maccabi Tel Aviv, même lorsqu'il semble stable. La plupart des crises demeurent inconnues du public, mais elles ont toutes un point en commun : leur lien avec la façon dont le propriétaire canadien Mitch Goldhar dirige le club.

...

Le modèle de gestion adopté par Goldhar s'inspire directement de son principal intérêt commercial, soit un partenariat avec Wal-Mart en vue de l'exploitation de centres commerciaux au Canada.

...

Cependant, au sein du club, certains croient que la culture de gestion de Goldhar repose sur une surconcentration frôlant la mégalomanie, la pingrerie et le manque de planification à long terme.

...

Goldhar se vante auprès de ses relations d'affaires à Toronto du fait qu'il est non seulement le propriétaire du Maccabi Tel Aviv, mais aussi son directeur des opérations soccer.

(Reproduit dans 2016 ONCA 515, 132 O.R. (3d) 331, annexe « A ».)

Rédigé et révisé en Israël, l'article est principalement fondé sur des sources israéliennes.

[8] L'article a été publié en hébreu et en anglais, en version papier et en ligne. Même s'il n'a pas été distribué en version papier au Canada, il pouvait être consulté en ligne. Le juge des requêtes a estimé que de 200 à 300 personnes au Canada ont

comparison, the evidence showed that approximately 70,000 people read the article in Israel. Two affiants, both employed by SmartCentres Inc., have stated that they read the article and that it came to the attention of most of their approximately 200 co-workers. There is no evidence that those who read the article thought less of Goldhar as a result.

[9] On December 29, 2011, Goldhar commenced an action for libel, alleging “damage to his reputation in his business and personal life”. His amended statement of claim states that “[t]he plaintiff conducts business in Israel, Canada and the United States, and will continue to suffer damages in these countries and elsewhere” (reproduced in A.R., vol. II, pp. 1-8, at para. 12).

[10] Haaretz brought a motion to stay the action, arguing that Ontario courts lacked jurisdiction or, alternatively, that Israel was a clearly more appropriate forum.

[11] The motion judge dismissed the motion, finding that Ontario courts had jurisdiction and refusing to decline to exercise this jurisdiction in favour of Israeli courts. In doing so, he relied on two undertakings by Goldhar’s counsel. First, Goldhar would not seek damages at the trial of the action for reputational harm suffered in Israel or anywhere else outside of Canada. Second, Goldhar would pay for the travel and accommodation expenses of Haaretz’s witnesses at the rates provided in the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194.

[12] The majority of the Ontario Court of Appeal dismissed the appeal.

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice — 2015 ONSC 1128, 125 O.R. (3d) 619, per Faieta J. (March 6, 2015)*

[13] The motion judge dismissed the motion to stay the action and added that, in the event that the

vraisemblablement lu l’article; en guise de comparaison, la preuve démontre qu’environ 70 000 personnes l’ont lu en Israël. Deux déposants, tous deux employés de SmartCentres Inc., ont affirmé qu’ils avaient lu l’article et que la plupart de leurs quelque 200 collègues en avaient eu connaissance. Il n’y a aucune preuve que ceux qui ont lu l’article ont eu moins d’estime pour Goldhar en conséquence.

[9] Le 29 décembre 2011, Goldhar a intenté une action en diffamation, au motif qu’il aurait subi une [TRADUCTION] « atteinte à sa réputation dans sa vie professionnelle et personnelle ». Selon sa déclaration modifiée, « [I]e demandeur fait affaires en Israël, au Canada et aux États-Unis, et il continuera de subir un préjudice dans ces pays et ailleurs » (reproduit dans le d.a., vol. II, p. 1-8, par. 12).

[10] Haaretz a demandé par requête la suspension de l’action en soutenant que les tribunaux de l’Ontario n’avaient pas compétence ou, subsidiairement, qu’Israël était un ressort nettement plus approprié.

[11] Le juge des requêtes a rejeté la requête, concluant que les tribunaux ontariens avaient compétence et refusant de décliner l’exercice de cette compétence en faveur des tribunaux israéliens. Ce faisant, il a invoqué deux engagements pris par l’avocat de Goldhar. Premièrement, Goldhar ne réclamerait pas, à l’instruction de l’action, de dommages-intérêts pour le tort causé à sa réputation en Israël, ou ailleurs à l’extérieur du Canada. Deuxièmement, Goldhar paierait les frais de déplacement et d’hébergement des témoins d’Haaretz, selon les taux prévus dans les *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194.

[12] Les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario ont rejeté l’appel.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario — 2015 ONSC 1128, 125 O.R. (3d) 619, le juge Faieta (6 mars 2015)*

[13] Le juge des requêtes a rejeté la requête en suspension de l’action et a ajouté que, si l’action allait

action proceeded in Ontario, Goldhar's claim would be limited to damages for reputational harm suffered within Canada and he would pay for the travel and accommodation expenses of Haaretz's witnesses at the rates provided in the Rules. He also expressed the view that the lawsuit was far from being an abuse of process by Goldhar.

[14] The motion judge found that he had jurisdiction. The parties agreed that, as the evidence established that the article had been read in Ontario, a presumptive connecting factor existed. The motion judge found that Haaretz had failed to rebut the presumption. In particular, he did not view the absence of substantial publication of the libellous material in Ontario as rebutting the presumption, and he considered proof of harm to reputation irrelevant for the purposes of determining whether a minor element of the tort had occurred in Ontario.

[15] Further, the motion judge refused to decline to exercise jurisdiction, finding that Israel was not a clearly more appropriate forum after weighing the following factors:

- *Comparative convenience and expense for the parties favoured a trial in Israel.* The Haaretz defendants were all based in Israel. Goldhar visited Israel regularly and there was no evidence that a trial in Israel would cause him inconvenience or expense.
- *Comparative convenience and expense for the witnesses slightly favoured a trial in Israel.* Goldhar had not filed any evidence regarding the witnesses that he would call at trial. Haaretz proposed to call 22 witnesses, 18 of whom lived in Israel. However, the relevance of the testimony of some of Haaretz's witnesses was questionable. Compelling the attendance of these witnesses in Ontario could be accomplished through the use of letters rogatory, also called letters of request. Moreover, foreign witnesses could testify via videoconference. Finally, Goldhar's undertaking to pay for the travel and accommodation expenses of Haaretz's witnesses

de l'avant en Ontario, la réclamation de Goldhar ne viserait que les dommages-intérêts pour le dommage causé à sa réputation au Canada, et qu'il devrait payer les frais de déplacement et d'hébergement des témoins d'Haaretz selon les taux prévus dans les Règles. De plus, il s'est dit d'avis que la poursuite était loin d'être un abus de procédure de la part de Goldhar.

[14] Le juge des requêtes a conclu qu'il avait compétence. Les parties ont reconnu que, comme la preuve établissait que des gens avaient lu l'article en Ontario, il existait un facteur de rattachement créant une présomption. Le juge des requêtes s'est dit d'avis qu'Haaretz n'a pas réussi à réfuter la présomption. Plus particulièrement, il n'a pas considéré que l'absence de diffusion à grande échelle des textes diffamatoires en Ontario réfutait la présomption et il a jugé que la preuve du dommage causé à la réputation n'était pas utile pour établir si un élément mineur du délit avait eu lieu en Ontario.

[15] De plus, le juge des requêtes n'a pas voulu décliner sa compétence, concluant, après avoir soupesé les facteurs suivants, qu'Israël n'était pas un ressort nettement plus approprié :

- *Les coûts et la commodité pour les parties militaient en faveur de la tenue d'un procès en Israël.* Les défendeurs Haaretz étaient tous établis en Israël. Par ailleurs, Goldhar se rendait fréquemment en Israël et rien ne prouvait qu'un procès en Israël lui occasionnerait des inconvénients ou des frais.
- *Les coûts et la commodité pour les témoins militaient légèrement en faveur de la tenue d'un procès en Israël.* Goldhar n'a déposé aucune preuve concernant les témoins qu'il citerait au procès. Haaretz a indiqué qu'il comptait appeler à la barre 22 témoins, dont 18 habitaient en Israël. Cependant, la pertinence de la déposition de certains témoins d'Haaretz était discutable. L'assignation à comparaître de ces témoins en Ontario pourrait se faire au moyen de commissions rogatoires, aussi appelées lettres rogatoires. De plus, les témoins étrangers pourraient témoigner par vidéoconférence. Finalement, pour ce qui est des frais supplémentaires, Goldhar s'est

at the rates provided by the Rules addressed any additional expense.

- *Applicable law favoured a trial in Ontario.* Regardless of which choice of law rule applied, the *lex loci delicti* (the place where the tort is committed) rule or the “most substantial harm to reputation” rule, Ontario law was applicable to this case. Ontario was the *locus delicti* of the tort of libel. Further, there was no comparative evidence of reputational harm to Goldhar in Israel and Ontario as a result of the publication, and there was limited evidence regarding Goldhar’s reputation. In light of this evidence, Goldhar’s undertaking not to seek damages for reputational harm outside of Canada was a very significant factor which led to the conclusion that the most substantial harm to his reputation was in Ontario.
 - *Loss of juridical advantage favoured a trial in Ontario.* The availability of a jury trial in Ontario was a juridical advantage of which Goldhar would be deprived if the case were tried in Israel. Any juridical advantage Goldhar might enjoy under Israeli defamation law was irrelevant, since the proper question was whether the plaintiff should be denied the benefits of his decision to select a forum that was appropriate under the conflicts rules.
 - *Fairness to the parties favoured a trial in Ontario.* Given the importance of place of reputation in Canadian defamation law, there was no surprise or injustice to Goldhar’s attempt to vindicate his reputation in Ontario, where he lives and works.
- B. *Ontario Court of Appeal — 2016 ONCA 515, 132 O.R. (3d) 331, per Simmons and Cronk J.J.A. (Pepall J.A. Dissenting) (June 28, 2016)*

engagé à payer les frais de déplacement et d’hébergement des témoins d’Haaretz selon les taux prévus par les Règles.

- *Le droit applicable militait en faveur de la tenue d’un procès en Ontario.* Peu importe la règle régissant le choix du droit applicable, celle de la *lex loci delicti* (le lieu où le délit a été commis) ou celle de l’« atteinte la plus substantielle à la réputation », c’est le droit de l’Ontario qui s’appliquait en l’espèce. L’Ontario était le lieu du délit de diffamation. De plus, il n’y avait pas de preuve comparative du dommage causé à la réputation de Goldhar en Israël et en Ontario en raison de la publication, et la preuve était limitée quant à la réputation de Goldhar. Compte tenu de ceci, l’engagement de Goldhar de ne pas réclamer de dommages-intérêts pour le dommage causé à sa réputation à l’extérieur du Canada était un facteur très important qui menait à la conclusion que l’atteinte la plus substantielle à sa réputation a eu lieu en Ontario.
 - *La perte d’un avantage juridique militait en faveur de la tenue d’un procès en Ontario.* La possibilité d’un procès avec jury en Ontario représentait un avantage juridique dont Goldhar serait privé si l’affaire était instruite en Israël. Tout avantage juridique dont pourrait jouir Goldhar en vertu du droit israélien de la diffamation n’était pas pertinent, puisque la question pertinente était de savoir s’il convenait de refuser au demandeur les avantages liés à sa décision de choisir un tribunal approprié suivant les règles de droit international privé.
 - *L’équité envers les parties militait en faveur de la tenue d’un procès en Ontario.* Compte tenu de la grande place qu’occupe la réputation en droit canadien de la diffamation, il n’était pas surprenant ou injuste que Goldhar tente de rétablir sa réputation en Ontario, où il habite et travaille.
- B. *Cour d’appel de l’Ontario — 2016 ONCA 515, 132 O.R. (3d) 331, les juges Simmons et Cronk (la juge Pepall est dissidente) (28 juin 2016)*

[16] The majority of the Court of Appeal dismissed Haaretz’s appeal. The majority was of the view that

[16] La Cour d’appel a rejeté à la majorité l’appel d’Haaretz. Les juges majoritaires furent d’avis que

the motion judge had not erred in failing to find that Haaretz had successfully rebutted the presumption of jurisdiction. As the article “draws a link between Goldhar’s management model and his Canadian business” (para. 41), there was a significant connection between the subject matter of the action and Ontario, and it should not have come as a surprise to Haaretz that Goldhar would seek to vindicate his reputation in Ontario. The question at the rebuttal stage of the jurisdiction *simpliciter* analysis was whether, objectively speaking, Ontario had a real and substantial connection to the subject matter of the action, not whether there was another forum that could also assume jurisdiction over the action. In the absence of evidence demonstrating *no* reputational harm, evidence of actual reputational harm was not necessary to establish jurisdiction.

[17] The majority also found no basis on which to interfere with the motion judge’s conclusion that Israel had not been shown to be a clearly more appropriate forum. Its analysis focused on the following factors:

- *It was reasonable for the motion judge to conclude that the convenience and expense for the witnesses slightly favoured a trial in Israel.* The motion judge erred in law by suggesting that letters rogatory could be used to compel the attendance of Israeli witnesses in Ontario. Despite this error, the motion judge reasonably based his analysis on the availability of letters rogatory for compelling testimony from witnesses outside of Ontario via videoconferencing, Goldhar’s undertaking to fund foreign witnesses’ travel and accommodation expenses, and the lack of evidence concerning the likely testimony of Haaretz’s proposed witnesses.
- *The motion judge reasonably found that applicable law favoured Ontario irrespective of which choice of law rule was applied — the lex*

le juge des requêtes n’avait pas commis d’erreur en omettant de conclure qu’Haaretz avait réfuté avec succès la présomption de compétence. Puisque l’article [TRADUCTION] « établit un rapport entre le modèle de gestion de Goldhar et son entreprise canadienne » (par. 41), il existe un lien important entre l’objet de l’action et l’Ontario, et Haaretz ne devrait pas s’étonner que Goldhar cherche à rétablir sa réputation en Ontario. À l’étape de l’analyse du critère de la simple reconnaissance de compétence consistant à déterminer si la présomption a été réfutée, la question est de savoir si, objectivement, l’Ontario avait un lien réel et substantiel avec l’objet de l’action, et non si un autre ressort pouvait également se déclarer compétent à l’égard de l’action. En l’absence de preuve démontrant *qu’aucun* dommage n’a été causé à la réputation, il n’était pas nécessaire de faire la preuve d’un dommage réel causé à la réputation pour établir la compétence.

[17] De plus, les juges majoritaires n’ont trouvé aucune raison de modifier la conclusion du juge des requêtes selon laquelle il n’avait pas été prouvé qu’Israël était un ressort nettement plus approprié. Leur analyse a porté principalement sur les facteurs suivants :

- *Il était raisonnable pour le juge des requêtes de conclure que les coûts et la commodité pour les témoins militaient légèrement en faveur de la tenue d’un procès en Israël.* Le juge des requêtes a commis une erreur de droit en suggérant qu’il était possible d’utiliser des lettres rogatoires pour contraindre les témoins israéliens à témoigner en Ontario. Malgré cette erreur, le juge des requêtes a raisonnablement fondé son analyse sur la possibilité que des lettres rogatoires soient utilisées pour contraindre à témoigner des témoins provenant de l’extérieur de l’Ontario par vidéoconférence, sur l’engagement pris par Goldhar de payer les frais de déplacement et d’hébergement des témoins étrangers, et sur l’absence de preuve relative aux témoignages que donneraient probablement les témoins proposés par Haaretz.
- *Le juge des requêtes a raisonnablement conclu que le droit applicable favorisait l’Ontario, peu importe la règle régissant le choix du droit*

loci delicti rule or the “most substantial harm to reputation” rule. Haaretz’s reliance on the extent of publication in Israel would turn the “most substantial harm” approach into a proxy for the “substantial publication” rule rejected in *Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.*, 2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636. Furthermore, Goldhar’s undertaking not to seek damages for reputational harm sustained outside of Canada confirmed the significance to him of his reputation in Ontario and the importance to him of vindicating his reputation here.

- *While loss of juridical advantage was a neutral factor rather than a factor that favoured a trial in Ontario, this error was not significant in terms of the motion judge’s overall conclusion.* The motion judge erred in accepting that Goldhar would suffer a loss of juridical advantage. As he had failed to deliver a jury notice, Goldhar was not entitled to claim a loss of juridical advantage. However, the motion judge correctly found that potential juridical advantages to a plaintiff in the alternative forum are irrelevant to the *forum non conveniens* analysis.
- *There was no basis on which to interfere with the motion judge’s conclusion on the question of fairness.* The motion judge considered it important that Goldhar lives and works in Ontario and that Haaretz chose to write an article about him impugning his management of an Israeli soccer team in a manner that implicated his Canadian business practices.

[18] Pepall J.A. agreed with the majority on the issue of the jurisdiction *simpliciter* test but would have allowed the appeal and stayed the action, finding that Israel was clearly the more appropriate forum. Given the ease with which jurisdiction may be established in a defamation case, she expressed the view that a “robust and carefully scrutinized review” of the issue of *forum non conveniens* was required (para. 132). In light of the errors committed by the motion judge, as identified by the majority, the motion judge’s

applicable — celle de la lex loci delicti ou celle de l’« atteinte la plus substantielle à la réputation ». Accepter la position d’Haaretz quant à l’ampleur de la publication en Israël aurait pour effet de substituer la règle de la « publication importante » rejetée dans *Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.*, 2012 CSC 18, [2012] 1 R.C.S. 636, à l’approche relative à l’« atteinte la plus substantielle ». De plus, l’engagement pris par Goldhar de ne pas réclamer de dommages-intérêts pour le dommage causé à sa réputation à l’extérieur du Canada a confirmé l’importance qu’il accordait à sa réputation en Ontario et l’importance qu’il la défendait en Ontario.

- *Bien que la perte d’un avantage juridique ait été un facteur neutre plutôt qu’un facteur militant en faveur de la tenue d’un procès en Ontario, cette erreur n’était pas déterminante pour la conclusion générale du juge des requêtes.* Ce dernier a eu tort d’accepter que Goldhar perdrait un avantage juridique. Puisqu’il n’avait pas déposé une demande de procès devant jury, Goldhar ne pouvait pas invoquer la perte d’un avantage juridique. Cependant, le juge des requêtes a conclu à bon droit que les avantages juridiques éventuels pour un demandeur dans l’autre ressort ne sont pas pertinents dans l’analyse relative au *forum non conveniens*.
- *Il n’y avait aucune raison de modifier la conclusion du juge des requêtes quant à la question de l’équité.* Le juge des requêtes a estimé important le fait que Goldhar vive et travaille en Ontario et qu’Haaretz ait choisi de rédiger un article à son sujet, dans lequel il critiquait sa gestion d’une équipe de soccer en Israël, en faisant référence à ses pratiques commerciales au Canada.

[18] La juge Pepall a souscrit à l’opinion des juges majoritaires sur le test de la simple reconnaissance de compétence, mais aurait accueilli l’appel et suspendu l’action, concluant qu’Israël était nettement le ressort le plus approprié. Vu la facilité avec laquelle la compétence peut être établie dans une affaire de diffamation, elle s’est dite d’avis qu’un [TRADUCTION] « examen minutieux et rigoureux » de la question du *forum non conveniens* s’imposait (par. 132). Vu les erreurs commises par le juge des requêtes, et

conclusion was unreasonable. Pepall J.A. weighed the following factors:

- *Comparative convenience and expense for the parties clearly and overwhelmingly supported a trial in Israel.* There was no evidence of any inconvenience or undue expense for Goldhar associated with a trial in Israel.
- *Comparative convenience and expense for the witnesses overwhelmingly favoured a trial in Israel.* The motion judge's error on letters rogatory, his failure to consider the purport of Tariff A of the Rules — providing for rates significantly below the actual cost of travel and accommodation — when dealing with Goldhar's undertaking, and his failure to consider the fact that Goldhar had not identified any prospective witnesses all served to cause him to erroneously conclude that this factor only *slightly* favoured Israel.
- *Applicable law favoured a trial in Israel.* As pleaded, the tort occurred in both Ontario and Israel. The most substantial harm test favoured a trial in Israel. The evidence was that the extent of publication and any harm suffered were much more significant in that forum. Furthermore, the article was written in Israel about an Israeli soccer team and was aimed at an Israeli audience. The motion judge erred by treating Goldhar's undertaking to limit his claim for damages to Ontario as determinative. This undertaking was materially different than the one this Court considered in *Breeden v. Black*, 2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666.
- *At most, juridical advantage was a neutral factor.* The motion judge erred in accepting that Goldhar would suffer a loss of juridical advantage with regard to the availability of a jury trial in Ontario.

relevées par les juges majoritaires, la conclusion du juge des requêtes était déraisonnable. La juge Pepall a soupesé les facteurs suivants :

- *Les coûts et la commodité pour les parties favorisaient manifestement et considérablement la tenue d'un procès en Israël.* Il n'y avait aucune preuve que Goldhar subisse des inconvénients ou ait à payer des frais excessifs si le procès avait lieu en Israël.
- *Les coûts et la commodité pour les témoins favorisaient considérablement la tenue d'un procès en Israël.* L'erreur du juge des requêtes au sujet des lettres rogatoires, son omission de tenir compte de la teneur du tarif A des Règles — lequel prévoit des taux largement inférieurs aux frais réels de déplacement et d'hébergement — lorsqu'il a examiné l'engagement de Goldhar, et son omission de tenir compte du fait que Goldhar n'a pas identifié de témoins éventuels sont tous des éléments qui l'ont mené à conclure, à tort, que ce facteur ne militait que *légèrement* en faveur de la tenue d'un procès en Israël.
- *Le droit applicable militait en faveur de la tenue d'un procès en Israël.* Selon les allégations, le délit a eu lieu à la fois en Ontario et en Israël. Le critère de l'atteinte la plus substantielle militait en faveur de la tenue d'un procès en Israël. Selon la preuve, l'étendue de la diffusion et le dommage subi, le cas échéant, étaient beaucoup plus importants dans ce ressort. De plus, l'article a été rédigé en Israël à propos d'une équipe de soccer israélienne et était destiné à un public israélien. Le juge des requêtes a considéré à tort que l'engagement de Goldhar de ne réclamer des dommages-intérêts qu'en Ontario était déterminant. Cet engagement différait sensiblement de celui que notre Cour a examiné dans *Breeden c. Black*, 2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666.
- *L'avantage juridique était tout au plus un facteur neutre.* Le juge des requêtes a erré en acceptant que Goldhar perdrait un avantage juridique, soit la possibilité d'un procès avec jury en Ontario.

- *Fairness clearly favoured a trial in Israel.* The motion judge focused on vindication of Goldhar’s reputation while failing to mention the burden a trial in Ontario would impose on Haaretz or the ability of a trial in Israel to achieve the vindication sought by Goldhar.
- *Enforcement favoured a trial in Israel.* The motion judge said nothing about enforcement. The only evidence before him was that Haaretz had no assets in Ontario, whereas it could be inferred that Goldhar did have assets in Israel.
- *L’équité favorisait manifestement la tenue d’un procès en Israël.* Le juge des requêtes s’est attaché au rétablissement de la réputation de Goldhar mais a omis de mentionner le fardeau qu’un procès en Ontario imposerait à Haaretz, ou le fait qu’un procès en Israël permette à Goldhar de rétablir sa réputation.
- *L’exécution du jugement militait en faveur d’un procès en Israël.* Le juge des requêtes n’a rien dit à propos de l’exécution du jugement. La seule preuve qui lui a été soumise à ce sujet établissait qu’Haaretz n’avait aucun actif en Ontario, tandis qu’on pouvait déduire que Goldhar avait des actifs en Israël.

IV. Issues

[19] This appeal raises the following issues and sub-issues:

1. Did the motion judge err in assuming jurisdiction?
 - (a) Is the *situs* of the tort a reliable basis on which to presume a “real and substantial connection” in Internet defamation cases?
 - (b) Under what circumstances, if any, can the presumption of jurisdiction be rebutted?
2. Did the motion judge err in finding that Israel is not a clearly more appropriate forum than Ontario? Notably, should the “most substantial harm” test rather than the *lex loci delicti* test apply to determine the applicable law in defamation actions?

V. Analysis

A. *The Scope of Goldhar’s Claim*

[20] At the outset, it is important to define the scope of Goldhar’s claim; the relevance of any given consideration to the jurisdiction *simpliciter* and *forum non conveniens* analyses is dependent on the

IV. Questions en litige

[19] Le présent pourvoi soulève les questions et sous-questions suivantes :

1. Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en se déclarant compétent?
 - a) Le lieu du délit constitue-t-il un fondement fiable à partir duquel on peut présumer l’existence d’un « lien réel et substantiel » dans les affaires de diffamation sur Internet?
 - b) Dans quelles circonstances, le cas échéant, la présomption de compétence peut-elle être réfutée?
2. Le juge des requêtes a-t-il eu tort de conclure qu’Israël n’est pas un ressort nettement plus approprié que l’Ontario? Notamment, convient-il d’appliquer le critère de « l’atteinte la plus substantielle » ou celui de la *lex loci delicti* pour déterminer le droit applicable dans les actions en diffamation?

V. Analyse

A. *La portée du recours intenté par Goldhar*

[20] Il importe d’entrée de jeu de définir la portée du recours de Goldhar; la pertinence de toute considération relative aux analyses de la simple reconnaissance de compétence et du *forum non conveniens* est

scope of the claim. In my view, a careful review of Goldhar's amended statement of claim reveals that his action was never limited to libellous statements pertaining to his Canadian business or damage to his Canadian reputation — with respect, my colleagues McLachlin C.J. and Moldaver and Gascon JJ. err by limiting the claim in this way.

[21] It is well established that the statement of claim, which in this case was amended by experienced counsel, defines the issues and informs the opposing parties of the case they have to meet (*Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535, at para. 41). It frames the action for the purposes of analysing the assumption and exercise of jurisdiction.

[22] I cannot conclude from Goldhar's amended statement of claim, as my colleagues in dissent do, that Goldhar is particularly "concerned about the impact on his Canadian business reputation" or that the "sting" of libel underlying his claim relates to his reputation in Ontario (paras. 213-14). While the amended statement of claim states that he is a business owner and operator and an active community member in Toronto, it refers directly to only one of his business enterprises, Maccabi Tel Aviv, and does not even mention SmartCentres Inc. Similarly, para. 9 of his amended statement of claim, which sets out what he considers the natural and ordinary meaning of the article, fails to identify any connection to his Canadian business. Furthermore, para. 10, which lists alleged factual errors and fabrications in the article, does not identify any such errors or fabrications relating to Goldhar's Canadian business practices, but it does specifically identify statements pertaining to his management of Maccabi Tel Aviv (for example, "Goldhar does not have a long term plan for the team"). Most notably, the amended statement of claim makes no mention of the article's claim that "Goldhar's management model was imported directly from his main business interest — a partnership with Wal-Mart to operate shopping centers in Canada", even though this is the passage that is said to provide the connection between the allegedly libellous statements and Goldhar's Canadian business reputation. Finally, in describing the damage he

tributaire de la portée du recours. À mon avis, un examen attentif de la déclaration modifiée de Goldhar révèle que son action n'a jamais visé uniquement les propos diffamatoires portant sur son entreprise canadienne ou le dommage causé à sa réputation au Canada. Avec égards, mes collègues la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver et Gascon font erreur en limitant ainsi le recours.

[21] Il est bien établi que la déclaration, qui en l'espèce a été modifiée par des avocats d'expérience, définit ce qui est en litige et informe les parties adverses de la cause qu'elles auront à contrer (*Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535, par. 41). Ce document délimite l'action en vue de l'analyse de la déclaration et de l'exercice de la compétence.

[22] La déclaration modifiée de Goldhar ne me permet pas de conclure, comme le font mes collègues dissidents, que Goldhar se « soucie [particulièrement] de l'incidence de l'article sur sa réputation commerciale au Canada » ou que l'affront diffamatoire à la base de son recours a trait à sa réputation en Ontario (par. 213-214). Bien que la déclaration modifiée indique que Goldhar est propriétaire et exploitant d'une entreprise, de même qu'un membre actif de la communauté à Toronto, elle ne désigne directement que le Maccabi Tel Aviv comme l'une de ses entreprises et ne mentionne même pas SmartCentres Inc. De même, au par. 9 de sa déclaration modifiée, où Goldhar énonce ce qu'il considère être le sens naturel et ordinaire de l'article, il omet d'indiquer tout lien avec son entreprise canadienne. De plus, le par. 10, qui énumère les prétendues erreurs factuelles et inventions figurant dans l'article, n'identifie aucune erreur ou invention concernant les pratiques commerciales de Goldhar au Canada, mais il indique expressément les déclarations portant sur la façon dont il gère le Maccabi Tel Aviv (par exemple, [TRADUCTION] « M. Goldhar n'a aucun plan à long terme pour l'équipe »). Plus particulièrement, la déclaration modifiée ne mentionne pas l'affirmation qui figure dans l'article et selon laquelle « [l]e modèle de gestion adopté par Goldhar s'inspire directement de son principal intérêt commercial, soit un partenariat avec Wal-Mart en vue de l'exploitation de centres commerciaux au Canada », même s'il

suffered, Mr. Goldhar clearly states that he “conducts business in Israel, Canada and the United States” (para. 12). Canada is never singled out as the forum where reputational harm has been suffered for the purposes of this action.

[23] For these reasons, I am satisfied that Goldhar’s action was never limited to damage to his reputation in Ontario or to statements pertaining to his business in Ontario. Moreover, his undertaking before the motion judge to seek damages only for reputational harm suffered within Canada should not be allowed to narrow the scope of his pleadings. This undertaking, which does not preclude a future action from being commenced in Israel to recover damages there, is materially different than the one considered in *Black* and, as observed by Pepall J.A., the failure to preclude other actions “detracts from one of the relevant factors for *forum non conveniens* enumerated in [*Black*]: the avoidance of a multiplicity of legal proceedings and conflicting decisions” (para. 162).

[24] In light of these comments, I am of the view that Goldhar’s Israeli reputation and statements identified in his amended statement of claim pertaining to his Israeli business are also relevant to the assumption and exercise of jurisdiction. To conclude that “his reputation in Israel is not material to the analysis” ignores the claim as formulated by Goldhar *before* Haaretz brought a motion to stay (McLachlin C.J. and Moldaver and Gascon JJ., at para. 218). This was the case Haaretz had to meet (*Lax Kw’alaams*, at para. 43). Neither Goldhar nor my colleagues McLachlin C.J. and Moldaver and Gascon JJ. (see notably paras. 151, 172, 213, 214 and 225) may now redefine Goldhar’s action so that it better responds to Haaretz’s motion to stay.

[25] I now turn to the principles underlying the assumption and exercise of jurisdiction.

s’agit du passage qui établirait le lien entre les propos prétendument diffamatoires et la réputation commerciale au Canada de Goldhar. Enfin, lorsqu’il décrit le dommage qu’il a subi, Goldhar indique clairement qu’il « fait des affaires en Israël, au Canada et aux États-Unis » (par. 12). Le Canada n’est jamais désigné comme le ressort où est survenue l’atteinte à sa réputation pour les besoins de la présente action.

[23] Pour ces motifs, je suis satisfaite que l’action de Goldhar n’a jamais uniquement visé le dommage causé à sa réputation en Ontario, ou les propos relatifs à son entreprise en Ontario. De plus, l’engagement pris devant le juge des requêtes à réclamer des dommages-intérêts seulement pour le dommage à sa réputation subi au Canada ne devrait pas permettre de limiter la portée de ses actes de procédure. Cet engagement, qui n’écarte pas la possibilité qu’une action en dommages-intérêts soit intentée plus tard en Israël, est sensiblement différent de l’engagement examiné dans *Black* et, comme l’a fait observer la juge Pepall, l’omission d’écartier d’autres actions [TRADUCTION] « minimise un des facteurs pertinents pour l’analyse relative au *forum non conveniens* énumérés dans [*Black*], soit éviter la multiplicité des recours judiciaires et des décisions contradictoires » (par. 162).

[24] À la lumière de ces commentaires, j’estime que la réputation de Goldhar en Israël et les propos indiqués dans sa déclaration modifiée portant sur ses affaires en Israël sont aussi pertinents pour la déclaration et l’exercice de la compétence. La conclusion que « sa réputation en Israël n’est pas pertinente pour l’analyse » néglige l’allégation faite par Goldhar *avant* qu’Haaretz n’introduise une requête en suspension de l’instance (motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Moldaver et Gascon, par. 218). Voilà le fardeau qui incombait à Haaretz (*Lax Kw’alaams*, par. 43). Ni Goldhar ni mes collègues la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver et Gascon (voir notamment les par. 151, 172, 213, 214 et 225) ne peuvent maintenant redéfinir l’action de Goldhar afin qu’elle réponde mieux à la requête d’Haaretz en suspension d’instance.

[25] J’examinerai maintenant les principes qui sous-tendent la déclaration et l’exercice de la compétence.

B. *Fundamental Principles Underlying the Conflict of Laws: Balancing Order and Fairness*

[26] In *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572, LeBel J., for a unanimous Court, carefully explained the jurisdiction *simpliciter* analysis, which applies to the assumption of jurisdiction, as well as the *forum non conveniens* doctrine, which is meant to guide courts in deciding whether to exercise their jurisdiction. These principles, along with those relating to the recognition of foreign judgments, represent the common law conflicts rules of Canadian private international law and must be understood and analysed as a cohesive whole (*Van Breda*, at para. 16).

[27] Central to a proper understanding of the conflicts rules of Canadian private international law, and to the resolution of this appeal, is an appreciation of the distinct roles played by jurisdiction *simpliciter* and *forum non conveniens* (*Van Breda*, at paras. 46 and 56, affirming the reasoning of Sharpe J.A. in *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20 (C.A.), and *Charron Estate v. Village Resorts Ltd.*, 2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721). The jurisdiction *simpliciter* analysis is meant to ensure that a court *has* jurisdiction. This will be the case where a “real and substantial connection” exists between a chosen forum and the subject matter of the litigation. The *forum non conveniens* analysis, on the other hand, is meant to guide courts in determining whether they should decline to exercise that jurisdiction in favour of a “clearly more appropriate” forum.

[28] The importance of maintaining this distinction flows from the discrete concerns underlying each analysis and the nature of the relevant factors at each stage. The “real and substantial connection” test at the jurisdiction *simpliciter* stage prioritizes order, stability and predictability by relying on objective connecting factors for the assumption of jurisdiction. Conversely, the *forum non conveniens* analysis emphasizes fairness and efficiency by adopting a case-by-case approach to identify whether an alternative jurisdiction may be “clearly more appropriate”.

B. *Principes fondamentaux à la base du droit international privé : concilier l'ordre et l'équité*

[26] Dans l'arrêt *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572, le juge LeBel, au nom d'une Cour unanime, a énoncé avec soin l'analyse de la simple reconnaissance de compétence qui s'applique à la déclaration de compétence ainsi que la doctrine du *forum non conveniens* qui a pour objet d'aider les tribunaux à décider s'ils exerceront leur compétence. Ces principes, de même que ceux relatifs à la reconnaissance des jugements étrangers, représentent les règles de common law régissant les conflits en droit international privé au Canada. Ils doivent être interprétés et analysés comme un tout cohérent (*Van Breda*, par. 16).

[27] Pour bien comprendre les règles régissant les conflits en droit international privé au Canada, et en vue de la résolution du présent pourvoi, il est essentiel de saisir les rôles distincts que jouent la simple reconnaissance de compétence et la doctrine du *forum non conveniens* (*Van Breda*, par. 46 et 56, confirmant le raisonnement du juge Sharpe dans *Muscutt c. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20 (C.A.), et *Charron Estate c. Village Resorts Ltd.*, 2010 ONCA 84, 98 O.R. (3d) 721). La raison d'être de l'analyse de la simple reconnaissance de compétence est de s'assurer que le tribunal *a* effectivement compétence. C'est le cas lorsqu'« un lien réel et substantiel » existe entre un ressort choisi et l'objet du litige. En revanche, l'analyse relative au *forum non conveniens* vise à aider les tribunaux à décider s'ils devraient décliner compétence en faveur d'un tribunal « nettement plus approprié ».

[28] Il importe de maintenir cette distinction en raison des préoccupations distinctes qui sous-tendent chaque analyse et de la nature des facteurs pertinents à chaque étape. Le critère du « lien réel et substantiel » à l'étape de la simple reconnaissance de compétence accorde la priorité à l'ordre, la stabilité et la prévisibilité en fondant la déclaration de compétence sur des facteurs de rattachement objectifs. Inversement, l'analyse du *forum non conveniens* met l'accent sur l'équité et l'efficacité en établissant au cas par cas si un autre ressort serait « nettement plus

I will briefly elaborate on the principles underlying each analysis.

[29] In defining the content of the “real and substantial connection” test for the assumption of jurisdiction, this Court was faced with a choice between an approach based on objective connecting factors and a case-by-case approach (*Van Breda*, at para. 30). This choice was characterized by the tension between predictability and consistency, on the one hand, and fairness and efficiency, on the other (*Van Breda*, at para. 66). Ultimately, the Court decided to prioritize order and predictability at the jurisdiction *simpliciter* stage, in the following terms:

Given the nature of the relationships governed by private international law, the framework for the assumption of jurisdiction cannot be an unstable, *ad hoc* system made up “on the fly” on a case-by-case basis — however laudable the objective of individual fairness may be. As La Forest J. wrote in *Morguard*, there must be order in the system, and it must permit the development of a just and fair approach to resolving conflicts. Justice and fairness are undoubtedly essential purposes of a sound system of private international law. But they cannot be attained without a system of principles and rules that ensures security and predictability in the law governing the assumption of jurisdiction by a court. Parties must be able to predict with reasonable confidence whether a court will assume jurisdiction in a case with an international or interprovincial aspect.

(*Van Breda*, at para. 73)

To achieve this order and predictability, the Court opted to rely on a set of defined presumptive connecting factors at the jurisdiction *simpliciter* stage (*Van Breda*, at para. 78).

[30] This objectively ascertainable and relatively low bar to establishing that a chosen forum has jurisdiction, on a *prima facie* basis, reflects the constitutional imperative underlying the jurisdiction *simpliciter* stage, as described in *Van Breda*:

From a constitutional standpoint, the Court has, by developing tests such as the real and substantial connection

approprié ». Je vais élaborer brièvement les principes qui sous-tendent chaque analyse.

[29] Lorsqu’elle a défini le contenu du critère du « lien réel et substantiel » applicable à la déclaration de compétence, notre Cour a dû choisir entre une approche fondée sur des facteurs de rattachement objectifs et une approche au cas par cas (*Van Breda*, par. 30). Ce choix fût marqué par la tension entre la prévisibilité et la cohérence, d’une part, et l’équité et l’efficacité d’autre part (*Van Breda*, par. 66). Ultiment, la Cour a décidé de donner la priorité à l’ordre et à la prévisibilité au stade de la simple reconnaissance de compétence, dans les termes suivants :

La nature des rapports régis par le droit international privé interdit de réduire le cadre applicable à la déclaration de compétence à un régime précaire et ponctuel élaboré sur le coup au cas par cas, aussi louable que soit l’objectif d’équité individuelle. Comme le soulignent les propos du juge La Forest dans *Morguard*, le régime doit être ordonné et doit permettre l’élaboration d’une méthode juste et équitable de règlement des conflits. La justice et l’équité constituent sans aucun doute des objectifs essentiels d’un bon système de droit international privé, mais elles ne peuvent se réaliser en l’absence d’un ensemble de principes et de règles assurant la sûreté et la prévisibilité du droit applicable à la déclaration de compétence d’un tribunal. Les parties doivent pouvoir prédire avec une certitude raisonnable si un tribunal saisi d’une situation qui présente un aspect international ou interprovincial se déclarera ou non compétent.

(*Van Breda*, par. 73)

Pour atteindre l’ordre et la prévisibilité, notre Cour a choisi de se fonder sur un ensemble de facteurs de rattachement créant une présomption établis à l’étape de la simple reconnaissance de compétence (*Van Breda*, par. 78).

[30] Ce critère objectivement vérifiable et relativement peu exigeant pour établir la compétence à première vue du ressort choisi reflète l’impératif constitutionnel qui est à la base de l’étape de la simple reconnaissance de compétence, comme on le voit dans *Van Breda* :

D’un point de vue constitutionnel, la Cour tente, par l’élaboration de critères comme le critère du lien réel et

test, sought to limit the reach of provincial conflicts rules or the assumption of jurisdiction by a province's courts. . . . In its constitutional sense, it places limits on the reach of the jurisdiction of a province's courts and on the application of provincial laws to interprovincial or international situations. [Emphasis added; para. 23.]

The constitutional purpose of the jurisdiction *simpliciter* test is to establish a minimum threshold for the assumption of jurisdiction in order to prevent improper assumptions of jurisdiction (*Van Breda*, at para. 26; see also *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, at p. 325). Its objective is to delineate circumstances in which a court *has* jurisdiction, not circumstances in which it *should* exercise it (which is the purpose of *forum non conveniens*). The prioritization of order and predictability at the jurisdiction *simpliciter* stage is also consistent with the principle of comity, which is central to Canadian private international law (*Van Breda*, at para. 74).

[31] This prioritization of order and stability at the jurisdiction *simpliciter* stage, through the adoption of objective presumptive connecting factors, is meant to work in tandem with a flexible case-by-case approach to *forum non conveniens*. Once it is established that a court *has* jurisdiction, the *forum non conveniens* doctrine requires a court to determine whether it *should* exercise such jurisdiction.

[32] The purpose of the *forum non conveniens* analysis is to temper any potential rigidity in the rules governing the assumption of jurisdiction and “to assure fairness to the parties and the efficient resolution of the dispute” (*Van Breda*, at para. 104). This is necessary given this Court’s recognition that jurisdiction “may sometimes be established on a rather low threshold” (*Van Breda*, at para. 109). By focusing “on the contexts of individual cases”, the *forum non conveniens* stage plays an important role in striking a balance between order and fairness (*Van Breda*, at para. 105).

[33] Bearing these principles in mind, I turn to the case at bar.

substantiel, de limiter la portée des règles provinciales de droit international privé ou les déclarations de compétence des tribunaux provinciaux. [. . .] Par son caractère constitutionnel, il établit des limites à la portée de la compétence des cours provinciales et à l’application des lois provinciales aux situations interprovinciales ou internationales. [Je souligne; par. 23.]

Le test de la simple reconnaissance de compétence a comme objectif constitutionnel d’établir un seuil minimal pour la déclaration de compétence, afin de prévenir les déclarations de compétence inopportunes (*Van Breda*, par. 26; voir aussi *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, p. 325). Son objectif est de circonscrire les situations dans lesquelles un tribunal *a* compétence, et non pas celles où il *devrait* l’exercer (qui est l’objet de la doctrine du *forum non conveniens*). La priorité donnée à l’ordre et à la prévisibilité au stade de la simple reconnaissance de compétence respecte aussi le principe de la courtoisie, qui est au cœur du droit international privé canadien (*Van Breda*, par. 74).

[31] Cette priorité donnée à l’ordre et à la stabilité au stade de la simple reconnaissance de compétence, grâce à l’adoption de facteurs objectifs de rattachement créant une présomption, va de pair avec une approche ponctuelle souple à l’égard du *forum non conveniens*. Une fois qu’il est établi qu’un tribunal *a* compétence, la doctrine du *forum non conveniens* requiert ce tribunal d’établir s’il *devrait* exercer cette compétence.

[32] L’objectif de l’analyse relative au *forum non conveniens* est d’atténuer toute rigidité potentielle des règles régissant la déclaration de compétence et « d’assurer l’équité envers les parties et le règlement efficace du litige » (*Van Breda*, par. 104). Cela est nécessaire vu que la Cour reconnaît que la compétence « peut parfois être fonction d’une norme peu rigoureuse » (*Van Breda*, par. 109). En étant axée « sur le contexte de chaque affaire », l’étape du *forum non conveniens* joue un rôle important en permettant un équilibre entre l’ordre et l’équité (*Van Breda*, par. 105).

[33] Ayant ces principes à l’esprit, j’en viens à l’affaire qui nous occupe.

C. *Did the Motion Judge Err in Assuming Jurisdiction?*

[34] In determining whether a “real and substantial connection” exists between a chosen forum and the subject matter of the litigation, courts are required to consider two issues. First, a court must consider whether the existence of a recognized presumptive connecting factor has been established (*Van Breda*, at para. 80). If so, the court must consider whether the party challenging the assumption of jurisdiction has successfully rebutted the presumption (*Van Breda*, at para. 81).

(1) Existence of a Presumptive Connecting Factor

[35] The judges in the courts below agreed that a presumptive connecting factor had been established. Haaretz, however, submits that the *situs* of the tort is an unreliable basis on which to presume a “real and substantial connection” in Internet defamation cases. In its view, the ease with which publication can be established in such cases gives rise to only a “weak relationship” with the chosen forum.

[36] As previously discussed, in *Van Breda*, the Court stressed the importance of determining jurisdiction “on the basis of objective factors” establishing a relationship between the subject matter of the litigation and the chosen forum (para. 82). The Court identified the following presumptive connecting factors grounding a court’s assumption of jurisdiction:

- (a) the defendant is domiciled or resident in the province;
- (b) the defendant carries on business in the province;
- (c) the tort was committed in the province; and
- (d) a contract connected with the dispute was made in the province. [Emphasis added; para. 90.]

C. *Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en se déclarant compétent?*

[34] Pour juger s’il existe un « lien réel et substantiel » entre un ressort choisi et l’objet du litige, le tribunal doit considérer deux aspects. Il doit d’abord se demander si l’existence d’un facteur reconnu de rattachement créant une présomption a été établie (*Van Breda*, par. 80). Dans l’affirmative, le tribunal doit se demander si la partie qui s’oppose à la déclaration de compétence a réussi à réfuter cette présomption (*Van Breda*, par. 81).

(1) Existence d’un facteur de rattachement créant une présomption

[35] Les juges des tribunaux d’instance inférieure ont convenu qu’un facteur de rattachement créant une présomption avait été établi. Haaretz fait cependant valoir que le lieu du délit constitue un fondement peu fiable pour présumer l’existence d’un « lien réel et substantiel » dans les affaires de diffamation sur Internet. À son avis, la facilité avec laquelle on peut prouver la diffusion dans les cas de ce genre ne donne naissance qu’à un [TRADUCTION] « lien tenu » avec le ressort choisi.

[36] Comme nous l’avons vu, la Cour a souligné dans *Van Breda* l’importance d’établir la compétence « sur la base de facteurs objectifs » qui établissent un lien entre l’objet du litige et le tribunal choisi (par. 82). La Cour a identifié les facteurs de rattachement suivants créant une présomption qui fondent la déclaration de compétence d’un tribunal :

- a) le défendeur a son domicile dans la province ou y réside;
- b) le défendeur exploite une entreprise dans la province;
- c) le délit a été commis dans la province;
- d) un contrat lié au litige a été conclu dans la province. [Je souligne; par. 90.]

The tort of defamation, which is a tort of strict liability, is committed where material has been “communicated” to, that is, conveyed to and received by, at least one person other than the plaintiff (*Crookes v. Newton*, 2011 SCC 47, [2011] 3 S.C.R. 269, at paras. 1 and 16). This was recognized by this Court in *Banro*: “. . . a single instance of publication is sufficient for the tort to crystallize” (para. 55). In the case of Internet communications, the publication of defamatory statements occurs when they are *read* or *downloaded* by the recipient (*Black*, at para. 20; see also P. A. Downard, *The Law of Libel in Canada* (4th ed. 2018); *Brown on Defamation: Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States* (2nd ed. (loose-leaf)), by R. E. Brown, at pp. 7-17 to 7-25). Accordingly, the *situs* of Internet-based defamation is the place where the defamatory statements are read, accessed or downloaded by the third party (*Crookes v. Holloway*, 2007 BCSC 1325, 75 B.C.L.R. (4th) 316, at para. 26, aff’d 2008 BCCA 165, 77 B.C.L.R. (4th) 201; Brown, at pp. 7-122 to 7-126; M. Castel, “Jurisdiction and Choice of Law Issues in Multistate Defamation on the Internet” (2013), 51 *Alta. L. Rev.* 153, at p. 156).

[37] Insofar as it attempts to raise doubt as to the validity of the presumptive connecting factors identified in *Van Breda*, Haaretz’s argument must be rejected. This Court has found that “[t]he *situs* of the tort is clearly an appropriate connecting factor” and that there is no difficulty “in acknowledging the validity of this factor once the *situs* has been identified” (*Van Breda*, at para. 88 (emphasis added)). Raising doubt as to the value of the *situs* of the tort as a presumptive connecting factor would significantly undermine the above-noted objectives of predictability and order at the jurisdiction *simpliciter* stage. Indeed, courts should be cautious in carving out exceptions to conflicts rules, as “[a]ny exception adds an element of uncertainty” (*Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, at p. 1061). It is therefore preferable to address any concerns relating to the insufficiency of a presumptive connecting factor either at the rebuttal stage of the jurisdiction *simpliciter* analysis or at the *forum non conveniens* stage.

Il y a délit de diffamation, un délit de responsabilité stricte, lorsque les propos sont « communiqués » à, c’est-à-dire transmis à et reçus par, au moins une personne autre que le demandeur (*Crookes c. Newton*, 2011 CSC 47, [2011] 3 R.C.S. 269, par. 1 et 16). Notre Cour a reconnu ce principe dans *Banro* : « . . . un cas isolé de diffusion suffit pour que le délit se cristallise » (par. 55). En ce qui concerne les communications sur Internet, il y a diffusion de propos diffamatoires lorsqu’ils sont *lus* ou *téléchargés* par le destinataire (*Black*, par. 20; voir aussi P. A. Downard, *The Law of Libel in Canada* (4^e éd. 2018); *Brown on Defamation : Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States* (2^e éd. (feuilles mobiles)), par R. E. Brown, p. 7-17 à 7-25). Ainsi, le lieu de la diffamation sur Internet est celui où les propos diffamatoires sont lus, consultés ou téléchargés par le tiers (*Crookes c. Holloway*, 2007 BCSC 1325, 75 B.C.L.R. (4th) 316, par. 26, conf. par 2008 BCCA 165, 77 B.C.L.R. (4th) 201; Brown, p. 7-122 à 7-126; M. Castel, « Jurisdiction and Choice of Law Issues in Multistate Defamation on the Internet » (2013), 51 *Alta. L. Rev.* 153, p. 156).

[37] Dans la mesure où il tente de jeter un doute quant à la validité des facteurs de rattachement créant une présomption énoncés dans *Van Breda*, l’argument d’Haaretz doit être rejeté. Notre Cour a statué que « le lieu du délit constitue clairement un facteur de rattachement approprié », et qu’il n’est pas difficile de « reconnaître la validité de ce facteur une fois que le lieu a été établi » (*Van Breda*, par. 88 (je souligne)). Mettre en doute la valeur du lieu du délit en tant que facteur de rattachement créant une présomption compromettrait sensiblement la réalisation des objectifs susmentionnés de prévisibilité et d’ordre à l’étape de la simple reconnaissance de compétence. En effet, les tribunaux doivent faire preuve de prudence lorsqu’ils créent des exceptions aux règles de droit international privé puisque « [t]oute exception ajoute un élément d’incertitude » (*Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, p. 1061). Il est donc préférable d’aborder toute préoccupation relative à l’insuffisance d’un facteur de rattachement créant une présomption à l’étape de la réfutation de l’analyse relative à la simple reconnaissance de compétence, ou à l’étape de l’analyse du *forum non conveniens*.

[38] For these reasons, I conclude that a presumptive connecting factor has been established in the circumstances of this case, and I turn to the issue of whether the presumption has been rebutted.

(2) Rebutting the Presumption

[39] At this stage, it is appropriate to take into account the legitimate concerns raised by Haaretz about the ease with which a presumptive connecting factor may be established in Internet defamation cases. This Court has previously recognized the risk of jurisdictional overreach in these types of cases:

The tort of defamation presents an interesting challenge for the principles underlying the assumption of jurisdiction. At common law, the tort of defamation crystallizes upon publication of the libellous material This also raises difficult issues when publication occurs through the Internet

(*Banro*, at para. 3)

Pepall J.A., dissenting at the Court of Appeal, expressed her reluctance to accept the motion judge's assumption of jurisdiction in light of similar concerns:

To succeed in an action for defamation, the plaintiff must prove on a balance of probabilities that the defamatory words were communicated to at least one person other than the plaintiff: see *Crookes v. Newton*, [2011] 3 S.C.R. 269, [2011] S.C.J. No. 47, 2011 SCC 47, at para. 1. As well, at the jurisdiction stage of the proceedings, the plaintiff's pleadings are accepted as true unless contradicted by evidence adduced by the defendants: see *Banro*, at para. 38. Accordingly, all that is needed for the plaintiff to plead that the alleged defamatory material was communicated to at least one person in Ontario other than the plaintiff. While this is easy to establish in any defamation case, it is virtually automatic in a case of defamation on the Internet, where online publications are readily shared and accessed by users across the world. [Emphasis added; para. 127.]

[38] Pour ces motifs, je conclus qu'un facteur de rattachement créant une présomption a été établi dans les circonstances de l'espèce, et j'aborde maintenant la question de savoir si la présomption a été réfutée.

(2) Réfuter la présomption

[39] À ce stade, il convient de tenir compte des préoccupations légitimes que soulève Haaretz au sujet de la facilité avec laquelle un facteur de rattachement créant une présomption peut être établi dans les affaires de diffamation sur Internet. Notre Cour a déjà reconnu le risque d'excès de compétence dans ce type d'affaire :

Le délit de diffamation présente un défi intéressant au plan des principes sous-jacents à la déclaration de compétence. En common law, ce délit se concrétise au moment de la diffusion des propos diffamatoires [. . .] Cet aspect soulève aussi d'épineuses questions dans les cas de diffusion sur l'Internet

(*Banro*, par. 3)

La juge Pepall, dissidente en Cour d'appel, s'est dite réticente à accepter la déclaration de compétence du juge des requêtes en raison de préoccupations du même ordre :

[TRADUCTION] Pour obtenir gain de cause dans une action en diffamation, le demandeur doit établir, selon la prépondérance des probabilités, que les propos diffamatoires ont été communiqués à au moins une personne autre que le demandeur (voir *Crookes c. Newton*, [2011] 3 R.C.S. 269, [2011] A.C.S. n° 47, 2011 CSC 47, par. 1). En outre, à l'étape de l'établissement de la compétence, les allégations du demandeur sont tenues pour vraies, sauf si les défendeurs présentent des éléments de preuve contraire (voir *Banro*, par. 38). En conséquence, pour prouver l'existence du facteur de rattachement créant une présomption, le demandeur n'a qu'à faire valoir que les propos prétendument diffamatoires ont été communiqués à au moins une autre personne en Ontario que le demandeur. Il est facile d'en faire la démonstration dans toute affaire de diffamation, mais cette démonstration se fait presque automatiquement dans les affaires de diffamation sur Internet, où les publications en ligne sont aisément diffusées et consultées par des utilisateurs des quatre coins de la planète. [Je souligne; par. 127.]

[40] The ability to rebut the presumption of jurisdiction where there is only a weak relationship between the subject matter of the litigation and the forum serves as an important check on jurisdiction (*Van Breda*, at para. 95). A careful examination of this question is therefore of particular importance in Internet defamation cases, where a presumptive connecting factor can easily be established.

[41] Having recognized the importance of the ability to rebut the presumption of jurisdiction, I turn to consider Haaretz’s submission that, based on the analyses of the motion judge and the majority below, rebutting the presumption of jurisdiction does not seem possible at all in these types of cases.

[42] This Court has recognized that presumptive connecting factors must not give rise to an irrebuttable presumption of jurisdiction. A defendant may argue that a given connection is inappropriate in the circumstances of a particular case:

The presumption of jurisdiction that arises where a recognized connecting factor — whether listed or new — applies is not irrebuttable. The burden of rebutting the presumption of jurisdiction rests, of course, on the party challenging the assumption of jurisdiction. That party must establish facts which demonstrate that the presumptive connecting factor does not point to any real relationship between the subject matter of the litigation and the forum or points only to a weak relationship between them.

(*Van Breda*, at para. 95; see also para. 81)

[43] In order for a defendant to succeed in showing that “a given connection is inappropriate in the circumstances of the case”, the circumstances must demonstrate that the relationship between the forum and the subject matter of the litigation is such that it would “not be reasonable to expect that the defendant would be called to answer proceedings in that jurisdiction” (*Van Breda*, at paras. 81 and 97; see also para. 92). To satisfy this test, the party challenging the court’s jurisdiction should rely on factors other than those considered at the *forum non conveniens* stage: “. . . the factors that would justify a stay in the

[40] La possibilité offerte à une partie de réfuter la présomption de compétence lorsqu’il n’existe qu’un lien ténu entre l’objet du litige et le ressort permet d’assurer le bien-fondé de la compétence du tribunal (*Van Breda*, par. 95). Un examen minutieux de cette question revêt donc une importance particulière dans les affaires de diffamation sur Internet, où il est facile d’établir un facteur de rattachement créant une présomption.

[41] Ayant reconnu l’importance de la possibilité offerte aux parties de réfuter la présomption de compétence, je passe maintenant à l’argument d’Haaretz selon lequel la réfutation de la déclaration de compétence ne semble pas du tout possible dans les affaires de ce genre, selon les analyses du juge des requêtes et des juges majoritaires en appel.

[42] Notre Cour a reconnu que les facteurs de rattachement créant une présomption ne doivent pas faire naître une présomption de compétence irréfutable. Le défendeur peut faire valoir qu’un lien donné est inapproprié dans les circonstances d’une affaire :

La présomption de compétence créée lorsqu’un facteur de rattachement reconnu — énuméré ou nouveau — s’applique n’est pas irréfutable. Le fardeau de la réfuter incombe bien entendu à la partie qui s’oppose à la déclaration de compétence. Cette dernière doit établir les faits démontrant que le facteur de rattachement créant une présomption ne révèle aucun rapport réel — ou ne révèle qu’un rapport ténu — entre l’objet du litige et le tribunal.

(*Van Breda*, par. 95; voir aussi par. 81)

[43] Pour que le défendeur réussisse à prouver qu’« un lien donné est inapproprié dans les circonstances de l’affaire », il doit ressortir des circonstances que le rapport entre le ressort et l’objet du litige est tel qu’il serait « déraisonnable de s’attendre à ce que le défendeur soit appelé à se défendre dans une action devant ce tribunal » (*Van Breda*, par. 81 et 97; voir aussi par. 92). Pour satisfaire à ce test, la partie qui conteste la compétence de la cour doit invoquer des facteurs autres que ceux qui sont pris en considération à l’étape de l’analyse concernant le *forum non conveniens* : « les facteurs qui justifieraient

forum non conveniens analysis should not be worked into the jurisdiction *simpliciter* analysis . . .” (*Van Breda*, at para. 56).

[44] Assuming that these principles are properly applied, the *situs* of the tort will not give rise to an irrebuttable presumption of jurisdiction in Internet defamation cases. While it is not appropriate to propose an exhaustive list of factors that can rebut the presumption of jurisdiction in these types of cases, it is not difficult to imagine circumstances in which it would not be reasonable to expect that the defendant would be called to answer a legal proceeding in a chosen forum. For example, evidence that a plaintiff has no reputation in the chosen forum may be a factor tending to rebut the presumption of jurisdiction in a defamation action. As the protection of reputation is the primary purpose of defamation law (*Banro*, at paras. 57-58), absence of reputation would tend to point to a weak relationship between the forum and the subject matter of the litigation. Indeed, this Court, in *Banro*, relied in part on the plaintiff’s reputation in the chosen forum to conclude that it would be inappropriate to find that the presumption of jurisdiction had been rebutted in the circumstances of that case (para. 38).

[45] In the case at bar, the evidence fails to establish that Haaretz could not have reasonably expected to be called to answer a legal proceeding in Ontario. The pleadings indicate that Goldhar lives and operates his businesses in Ontario. Haaretz had knowledge of this fact, and the allegedly libellous article directly references Goldhar’s Canadian residency and Canadian business practices. As such, this is not a case where the presumption of jurisdiction is rebutted.

D. *Did the Motion Judge Err in Finding That Israel Is Not a Clearly More Appropriate Forum Than Ontario?*

[46] Having established jurisdiction (pursuant to the jurisdiction *simpliciter* analysis), the motion judge properly considered the question of *forum*

une suspension d’instance au terme de l’analyse relative au *forum non conveniens* ne doivent être intégrés à l’analyse de la simple reconnaissance de compétence » (*Van Breda*, par. 56).

[44] À supposer que ces principes soient correctement appliqués, le lieu du délit ne fera pas naître une présomption de compétence irréfutable dans les affaires de diffamation sur Internet. Il ne convient pas de proposer une liste exhaustive de facteurs susceptibles de réfuter la présomption de compétence dans les affaires de ce genre, mais il n’est guère difficile d’imaginer des situations où il ne serait pas raisonnable de s’attendre à ce que le défendeur soit appelé à se défendre dans une poursuite devant le tribunal choisi. Par exemple, la preuve que le demandeur n’a pas de réputation dans le ressort en question peut être un facteur qui tend à réfuter la présomption de compétence dans une poursuite en diffamation. Comme la protection de la réputation est l’objectif premier du droit de la diffamation (*Banro*, par. 57-58), l’absence de réputation tend à indiquer un rapport ténu entre le ressort et l’objet du litige. D’ailleurs, dans *Banro*, notre Cour s’est fondée en partie sur la réputation du demandeur dans le ressort choisi pour conclure qu’il serait mal venu de juger que la présomption de compétence avait été réfutée dans les circonstances de cette affaire (par. 38).

[45] En l’espèce, la preuve n’établit pas qu’Haaretz ne pouvait raisonnablement s’attendre à être appelé à se défendre dans une instance judiciaire en Ontario. Les actes de procédure indiquent que Goldhar habite en Ontario et qu’il y exploite ses entreprises. Haaretz avait connaissance de ce fait, et l’article prétendument diffamatoire fait expressément référence à la résidence au Canada de Goldhar et à ses pratiques commerciales au Canada. Ainsi, il ne s’agit pas d’un cas où la présomption de compétence est réfutée.

D. *Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en concluant qu’Israël n’est pas un ressort nettement plus approprié que l’Ontario?*

[46] Ayant établi sa compétence (en fonction de l’analyse de la simple reconnaissance de compétence), le juge des requêtes a dûment examiné la

non conveniens. At the *forum non conveniens* stage, the burden is on the defendant to satisfy the motion judge that the alternative forum is “clearly more appropriate” by establishing that it would be fairer and more efficient to proceed in that forum:

The use of the words “clearly” and “exceptionally” should be interpreted as an acknowledgment that the normal state of affairs is that jurisdiction should be exercised once it is properly assumed. The burden is on a party who seeks to depart from this normal state of affairs to show that, in light of the characteristics of the alternative forum, it would be fairer and more efficient to do so and that the plaintiff should be denied the benefits of his or her decision to select a forum that is appropriate under the conflicts rules. The court should not exercise its discretion in favour of a stay solely because it finds, once all relevant concerns and factors are weighed, that comparable forums exist in other provinces or states. It is not a matter of flipping a coin. A court hearing an application for a stay of proceedings must find that a forum exists that is in a better position to dispose fairly and efficiently of the litigation. But the court must be mindful that jurisdiction may sometimes be established on a rather low threshold under the conflicts rules. *Forum non conveniens* may play an important role in identifying a forum that is clearly more appropriate for disposing of the litigation and thus ensuring fairness to the parties and a more efficient process for resolving their dispute. [Emphasis added.]

(*Van Breda*, at para. 109)

[47] While the normal state of affairs favours exercising jurisdiction in the forum where it is properly assumed, this should never come at the cost of one party facing unfair or clearly inefficient proceedings. The purpose of *forum non conveniens*, as discussed above, is to temper any potential rigidity in the rules governing the assumption of jurisdiction and to “assure fairness to the parties and the efficient resolution of the dispute” (*Van Breda*, at para. 104). Where the evidence indicates that the alternative forum is in a better position to dispose fairly and efficiently of the litigation, the court should grant the stay (*Van Breda*, at para. 109). This is especially true in cases where the evidence raises doubt as to whether proceeding

question du *forum non conveniens*. À l’étape de l’analyse du *forum non conveniens*, il incombe au défendeur de convaincre le juge des requêtes que l’autre tribunal est « nettement plus approprié » en prouvant qu’il serait plus équitable et plus efficace de procéder devant ce tribunal :

Il faut voir dans l’emploi des termes « nettement » et « exceptionnelle[1] » une reconnaissance du fait qu’en règle générale, le tribunal doit exercer sa compétence lorsqu’il se déclare à juste titre compétent. Il incombe à la partie qui veut écarter l’application de la règle générale de prouver que, compte tenu des caractéristiques de l’autre tribunal, il serait plus juste et plus efficace de refuser au demandeur les avantages liés à sa décision de choisir un tribunal approprié suivant les règles de droit international privé. Le tribunal ne peut, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, suspendre l’instance uniquement parce qu’il conclut, après avoir examiné toutes les considérations et tous les facteurs pertinents, à l’existence de tribunaux comparables dans d’autres provinces ou États. Il ne s’agit pas de jouer à pile ou face. Un tribunal saisi d’une demande de suspension d’instance doit conclure qu’il existe un tribunal mieux à même de trancher le litige de façon équitable et efficace. Le tribunal doit cependant garder à l’esprit que sa compétence, établie en application des règles de droit international privé, peut parfois être fonction d’une norme peu rigoureuse. Le recours à la doctrine du *forum non conveniens* peut jouer un rôle important dans la recherche d’un tribunal nettement plus approprié pour trancher le litige et pour assurer ainsi l’équité envers les parties et leur permettre de résoudre plus efficacement leur conflit. [Je souligne.]

(*Van Breda*, par. 109)

[47] Même si en règle générale, la compétence doit être exercée par le tribunal qui s’est déclaré à juste titre compétent, cela ne devrait jamais se faire aux dépens d’une partie, pour qui l’instance serait injuste ou clairement inefficace. Comme je l’ai déjà indiqué, la doctrine du *forum non conveniens* vise à atténuer toute rigidité éventuelle des règles régissant la déclaration de compétence et à « assurer l’équité envers les parties et le règlement efficace du litige » (*Van Breda*, par. 104). Lorsque la preuve indique que l’autre ressort serait mieux à même de trancher le litige de façon équitable et efficace, le tribunal devrait suspendre l’instance (*Van Breda*, par. 109). Cela est d’autant plus vrai dans les cas où la preuve

in the chosen forum will provide the defendant with a fair opportunity to present its case.

[48] In light of the purpose of *forum non conveniens*, I agree with Pepall J.A. that, “given the ease with which jurisdiction *simpliciter* may be established in a defamation case, in a motion for a stay, a motion judge must conduct a robust and carefully scrutinized review of the issue of *forum non conveniens*” (para. 132). It is true that defamation cases involve a particularly rigid application of the rules governing the assumption of jurisdiction. As discussed above, the establishment of a presumptive connecting factor is “virtually automatic” in Internet defamation cases (Pepall J.A., at para. 127). Where there is no “real and substantial connection” to the chosen forum, a proper analysis at the rebuttal stage will alleviate *some* of the consequences of the rigid application of the rules governing the assumption of jurisdiction. That being said, there are some *other* consequences to the rigid application of these rules that can *only* be addressed in the *forum non conveniens* analysis. For example, where a plaintiff enjoys a reputation in multiple forums, publication may allow jurisdiction to be properly assumed in all of them, without regard to how fair or efficient it may be to proceed in the chosen forum. This is to be expected as, again, “the factors that would justify a stay in the *forum non conveniens* analysis should not be worked into the jurisdiction *simpliciter* analysis” (*Van Breda*, at para. 56). As the rebuttal stage fails to address *all* the consequences of the “virtually automatic” presumption of jurisdiction in defamation actions, it is appropriate for motion judges to be particularly attuned to concerns about fairness and efficiency at the *forum non conveniens* stage in these types of cases. This should not be understood as imposing a different standard or burden for defamation cases.

soulève un doute quant à savoir si le ressort choisi donnerait au défendeur une possibilité équitable de présenter sa preuve.

[48] À la lumière de l’objectif de l’analyse du *forum non conveniens*, je conviens avec la juge Pepall qu’[TRADUCTION] « étant donné la facilité avec laquelle la simple reconnaissance de compétence peut être établie dans une affaire de diffamation, le juge saisi d’une requête en suspension de l’instance doit examiner rigoureusement et minutieusement la question du *forum non conveniens* » (par. 132). Il est vrai que les affaires de diffamation mettent en jeu une application particulièrement rigide des règles régissant la déclaration de compétence. Comme je l’ai déjà indiqué, l’établissement d’un facteur de rattachement créant une présomption est « presque automatique » dans les affaires de diffamation sur Internet (motifs de la juge Pepall, par. 127). En l’absence d’un lien « réel et substantiel » avec le tribunal choisi, une analyse appropriée à l’étape de la réfutation atténuera *certaines* conséquences de l’application rigide des règles régissant la déclaration de compétence. Cela dit, d’*autres* conséquences de l’application rigide de ces règles peuvent être prises en compte *seulement* dans l’analyse du *forum non conveniens*. Par exemple, lorsqu’un demandeur jouit d’une réputation dans de multiples ressorts, la diffusion peut permettre aux tribunaux de tous ces ressorts de se déclarer à juste titre compétents, sans égard à l’équité et à l’efficacité d’un procès devant le tribunal choisi. Il faut s’y attendre puisque, encore une fois, « les facteurs qui justifieraient une suspension d’instance au terme de l’analyse relative au *forum non conveniens* ne doivent pas être intégrés à l’analyse de la simple reconnaissance de compétence » (*Van Breda*, par. 56). Puisque l’étape de la réfutation ne tient pas compte de *toutes* les conséquences de la présomption de compétence « presque automatique » dans les actions en diffamation, les juges des requêtes devraient être particulièrement sensibles aux préoccupations touchant l’équité et l’efficacité à l’étape de l’analyse du *forum non conveniens* dans ce type d’affaire. Il ne faut pas en déduire l’imposition d’une norme ou d’un fardeau différents dans les affaires de diffamation.

[49] I acknowledge that a motion judge’s decision on a stay motion is entitled to deference:

The application of *forum non conveniens* is an exercise of discretion reviewable in accordance with the principle of deference to discretionary decisions: an appeal court should intervene only if the motion judge erred in principle, misapprehended or failed to take account of material evidence, or reached an unreasonable decision (see *Young v. Tyco International of Canada Ltd.*, at para. 27).

(*Banro*, at para. 41)

As the *forum non conveniens* analysis is inherently factual in nature, courts of appeal should not normally interfere with a motion judge’s factual findings. That being said, there are limits to deference, as recognized in *Banro*. Where the motion judge has “erred in principle, misapprehended or failed to take account of material evidence, or reached an unreasonable decision”, courts of appeal may intervene.

[50] Bearing these principles in mind, and for the reasons set out below, I conclude that this Court may intervene in the case at bar. The motion judge committed the following errors (with references to each factor impacted by the error, as discussed below):

- He erred in finding that letters rogatory could be used to compel Israeli witnesses to testify in Ontario (Comparative Convenience and Expense for the Witnesses, and Fairness).
- He erred by giving significant weight to Goldhar’s undertaking to fund the travel and accommodation expenses of the foreign witnesses in accordance with the rates provided in the Rules (Comparative Convenience and Expense for the Witnesses).
- He erred by unreasonably discounting Haaretz’s proposed witnesses and the relevance of their evidence (Comparative Convenience and Expense for the Witnesses).

[49] Je reconnais qu’il y a lieu de faire preuve de déférence à l’égard de la décision du juge saisi d’une requête en suspension de l’instance :

L’application du *forum non conveniens* constitue un exercice du pouvoir discrétionnaire contrôlable selon le principe de déférence applicable aux décisions discrétionnaires : une cour d’appel ne devrait intervenir que si le juge saisi de la demande a commis une erreur de principe, a mal interprété ou n’a pas pris en considération des éléments de preuve importants, ou a rendu une décision déraisonnable (voir *Young c. Tyco International of Canada Ltd.*, par. 27).

(*Banro*, par. 41)

Comme l’analyse du *forum non conveniens* est intrinsèquement de nature factuelle, la cour d’appel ne devrait pas normalement modifier les conclusions de fait tirées par le juge des requêtes. Cela dit, comme notre Cour l’a reconnu dans l’arrêt *Banro*, la déférence comporte des limites. Si le juge des requêtes a « commis une erreur de principe, a mal interprété ou n’a pas pris en considération des éléments de preuve importants, ou a rendu une décision déraisonnable », la cour d’appel peut intervenir.

[50] Ayant ces principes à l’esprit et pour les motifs exposés ci-dessous, je conclus que notre Cour peut intervenir en l’espèce. Le juge des requêtes a commis les erreurs suivantes (avec la mention de chaque facteur touché par l’erreur en question, comme je l’explique plus loin) :

- Il a commis une erreur en concluant que des lettres rogatoires pourraient contraindre les témoins israéliens à venir témoigner en Ontario (Coûts et Commodité pour les Témoins et Équité).
- Il a commis une erreur en accordant beaucoup de poids à l’engagement de Goldhar de payer les frais de déplacement et d’hébergement des témoins étrangers selon les taux prescrits par les Règles (Coûts et Commodité pour les Témoins).
- Il a commis une erreur en écartant de façon déraisonnable les témoins proposés par Haaretz et la pertinence de leur témoignage (Coûts et Commodité pour les Témoins).

- He erred by failing to consider Goldhar’s significant reputation in Israel (Fairness).
- He erred by failing to weigh Goldhar’s interest in vindicating his reputation in Ontario against the significant unfairness that a trial in Ontario would impose on Haaretz (Fairness).
- He erred by failing to consider the question of enforcement (Enforcement).
- Il a commis une erreur en ne tenant pas compte de la grande réputation dont jouit Goldhar en Israël (Équité).
- Il a commis une erreur en omettant d’apprécier l’intérêt de Goldhar à rétablir sa réputation en Ontario par rapport à la grave injustice qu’un procès en Ontario imposerait à Haaretz (Équité).
- Il a commis une erreur en ne tenant pas compte de la question de l’exécution du jugement (Exécution).

In committing the first error, the motion judge misapprehended the role of letters rogatory entirely. As I will explain, the remaining errors involved a complete misapprehension of, or failure to consider, material evidence, and not merely, as my colleagues in dissent argue, an unsatisfactory *weighing* of that evidence. These errors tainted the motion judge’s *forum non conveniens* analysis on each of the factors they affected as well as his overall weighing of these factors. As a result, no deference should be afforded to these aspects of the motion judge’s analysis.

En commettant la première erreur, le juge des requêtes s’est mépris entièrement quant à la fonction des lettres rogatoires. Tel que je l’expliquerai, les erreurs restantes traduisent une interprétation tout à fait fausse ou une omission de tenir compte d’éléments de preuve importants et non seulement, comme le soutiennent mes collègues dissidents, une *appréciation* insatisfaisante de ces éléments de preuve. Ces erreurs ont entaché l’analyse relative au *forum non conveniens* du juge des requêtes pour ce qui est de chaque facteur qu’elles ont touché, ainsi que sa pondération générale de ces facteurs. Par conséquent, il n’y a pas lieu de faire preuve de déférence à l’égard de ces aspects de l’analyse du juge des requêtes.

[51] I turn then to an assessment of each factor raised by Haaretz.

[51] Je vais maintenant évaluer chaque facteur invoqué par Haaretz.

(1) Comparative Convenience and Expense for the Parties

(1) Les coûts et la commodité pour les parties à l’instance

[52] The motion judge concluded that the comparative convenience and expense for the parties favoured a trial in Israel (para. 36). Neither party disputes this.

[52] Le juge des requêtes a conclu que les coûts et la commodité pour les parties à l’instance militaient en faveur de la tenue d’un procès en Israël (par. 36). Ni l’une ni l’autre des parties ne le conteste.

[53] The motion judge reached this conclusion on three bases. First, there was no evidence that a trial in Israel would cause any inconvenience or expense to Goldhar (para. 35). Second, holding a trial in Ontario would place a strain on the Israeli defendants (paras. 31-33). And finally, portions of the trial might need to be conducted in Hebrew with interpreters

[53] Le juge des requêtes s’est fondé sur trois motifs pour tirer cette conclusion. Premièrement, aucun élément de preuve n’indiquait que la tenue d’un procès en Israël causerait un inconvénient à Goldhar ou lui occasionnerait des dépenses (par. 35). Deuxièmement, la tenue d’un procès en Ontario imposerait une contrainte aux défendeurs israéliens

(para. 34). I would not disturb the motion judge’s conclusion on this factor.

(2) Comparative Convenience and Expense for the Witnesses

[54] Goldhar did not file any evidence regarding the witnesses he would call at trial, while Haaretz filed a list of 22 witnesses and described, in its factum, what each of the witnesses “may speak to” (motion judge, at para. 41). Furthermore, a supplemental affidavit described the evidence that eight of these witnesses could give to assist Haaretz at trial (motion judge, at para. 43). Of the 22 witnesses, 18 resided in Israel.

[55] The motion judge concluded that the comparative convenience and expense for the witnesses, a factor distinct from the comparative convenience and expense for the parties, only *slightly* favoured a trial in Israel (para. 45). This conclusion was wholly unreasonable in light of the evidence before him.

[56] While the motion judge did not specifically identify the basis on which he concluded that the comparative convenience and expense for the witnesses only slightly favoured a trial in Israel, he did highlight four considerations. First, he considered that Goldhar had filed an expert opinion to the effect that “many of the witnesses do not have relevant evidence” (para. 41). Second, he dismissed Haaretz’s concern about being unable to compel unwilling witnesses living outside of Ontario. He found that these witnesses would remain unwilling to testify even if the trial were held in Israel and that “compelling the attendance of these witnesses to a court in Ontario can be accomplished through the use of letters rogatory” (para. 42). Third, the motion judge considered that arrangements could be made to have foreign witnesses testify by videoconferencing technology, pursuant to rule 1.08 of the Rules (para. 44). Finally, he found that Goldhar’s undertaking to pay for the travel and accommodation costs of foreign witnesses in accordance with the rates provided in

(par. 31-33). Et finalement, il pourrait être nécessaire de tenir certaines parties du procès en hébreu et de recourir à des interprètes (par. 34). Je ne modifierais pas la conclusion du juge des requêtes sur ce facteur.

(2) Les coûts et la commodité pour les témoins

[54] Goldhar n’a déposé aucune preuve concernant les témoins qu’il assignerait au procès, alors qu’Haaretz a déposé une liste de 22 témoins et décrit, dans son mémoire, ce dont chacun d’entre eux [TRADUCTION] « pourrait parler » dans son témoignage (motifs du juge des requêtes, par. 41). De plus, un affidavit supplémentaire décrivait les témoignages que huit d’entre eux pourraient présenter pour assister Haaretz au procès (motifs du juge des requêtes, par. 43). Dix-huit de ces 22 témoins habitaient en Israël.

[55] Le juge des requêtes a conclu que les coûts et la commodité pour les témoins, facteur distinct des coûts et de la commodité pour les parties, ne militaient que *légèrement* en faveur de la tenue d’un procès en Israël (par. 45). Cette conclusion était tout à fait déraisonnable à la lumière de la preuve dont il disposait.

[56] Bien que le juge des requêtes n’ait pas indiqué expressément ce qui l’amenait à conclure que les coûts et la commodité pour les témoins ne militaient que légèrement en faveur de la tenue d’un procès en Israël, il a fait ressortir quatre considérations. Premièrement, il a tenu compte du fait que Goldhar avait présenté l’avis d’un expert selon lequel [TRADUCTION] « bon nombre des témoins n’ont aucune preuve pertinente à apporter » (par. 41). Deuxièmement, il a rejeté l’inquiétude d’Haaretz, qui craignait de ne pas pouvoir contraindre à témoigner les témoins réticents qui habitent à l’extérieur de l’Ontario. Il a conclu que, même si le procès se déroulait en Israël, ces témoins ne seraient toujours pas disposés à témoigner et qu’il était [TRADUCTION] « possible de contraindre ces témoins à se présenter devant un tribunal ontarien au moyen de lettres rogatoires » (par. 42). Troisièmement, il a souligné que des dispositions pouvaient être prises pour que les témoins étrangers témoignent par vidéoconférence conformément à l’article 1.08 des Règles (par. 44).

the Rules addressed any additional expense related to holding a trial in Ontario (para. 44).

[57] The Court of Appeal correctly recognized that the motion judge had erred in law by suggesting that letters rogatory could be used to compel the attendance of Haaretz’s witnesses in Ontario, but the majority concluded that this error did not make the motion judge’s overall assessment of this factor unreasonable. It gave three reasons for reaching this conclusion. First, videoconferencing could be used to obtain the testimony of witnesses who were unwilling or unable to come to Ontario:

Contrary to Haaretz’s arguments, in my view, the motion judge was entitled to accept that reluctant foreign witnesses could be compelled to provide evidence in Israel through the use of letters of request and that videoconferencing was a potential means of obtaining the evidence of any witnesses unwilling to come to Ontario.

These are available methods, under the Rules of Civil Procedure, for dealing with witnesses outside the jurisdiction. Haaretz led no evidence to undermine Goldhar’s submissions that these methods would be available in this case. Haaretz bore the burden of demonstrating that Israel is the clearly more appropriate forum. On this record, it was not unreasonable for the motion judge to accept that Ontario letters of request would be honoured by Israel and that videoconferencing would be available in that jurisdiction.

Further, in the absence of evidence or adverse judicial commentary, the use of technology and interpreters cannot be viewed as undermining the fairness of a civil trial. We live in an age of international communication and commerce. Multi-jurisdictional parties — and witnesses who do not speak either of Canada’s official languages — are to be expected. Courtroom procedures must accommodate testimony by videoconferencing. Interpreters have long been a common feature of the Canadian judicial system. The motion judge’s implicit conclusion that using these

Enfin, il a conclu que l’engagement pris par Goldhar de payer les frais de déplacement et d’hébergement des témoins étrangers conformément aux taux prescrits dans les Règles réglait la question des coûts additionnels occasionnés par la tenue d’un procès en Ontario (par. 44).

[57] La Cour d’appel a reconnu à juste titre que le juge des requêtes avait commis une erreur de droit en laissant entendre qu’on pouvait avoir recours à des lettres rogatoires pour contraindre les témoins d’Haaretz à comparaître en Ontario, mais les juges majoritaires ont conclu que cette erreur ne rendait pas déraisonnable son appréciation globale de ce facteur. Ils ont donné trois motifs à l’appui de cette conclusion. Premièrement, les témoins qui n’étaient pas disposés à venir en Ontario, ou qui étaient incapables de le faire, pouvaient témoigner par vidéoconférence :

[TRADUCTION] Contrairement à ce que prétend Haaretz, j’estime qu’il était loisible au juge des requêtes d’accepter la possibilité de contraindre les témoins étrangers réticents à témoigner en Israël au moyen de lettres de demande et que la vidéoconférence constituait un moyen d’entendre le témoignage de tout témoin non disposé à se rendre en Ontario.

Ces méthodes sont prévues par les *Règles de procédure civile* pour traiter avec des témoins qui se trouvent dans un autre ressort. Haaretz n’a présenté aucun élément de preuve pouvant réfuter l’argument de Goldhar selon lequel il serait possible d’employer ces méthodes en l’espèce. Il incombait à Haaretz de démontrer qu’Israël est un ressort nettement plus approprié. D’après le dossier en l’espèce, il n’était pas déraisonnable pour le juge des requêtes d’accepter qu’Israël respecterait les lettres de demande délivrées par l’Ontario et qu’il serait possible de recourir à la vidéoconférence dans ce pays.

De plus, en l’absence de preuve ou de commentaire contraire dans la jurisprudence, on ne peut pas considérer que le recours à la technologie et aux interprètes sape l’équité d’un procès civil. Nous vivons à l’ère des communications et du commerce internationaux. Il faut s’attendre à ce que des parties viennent de ressorts multiples et à ce que des témoins ne parlent ni l’une ni l’autre des langues officielles du Canada. Les règles de procédure doivent prévoir la possibilité de livrer un témoignage par vidéoconférence. Les interprètes font depuis longtemps

procedures would not undermine the fairness of the trial was not unreasonable. [Footnote omitted; paras. 69-71.]

Second, the majority of the Court of Appeal was of the view that Goldhar's undertaking to fund travel and accommodation expenses relieved any additional expense of holding the trial in Ontario. Finally, there was a lack of evidence concerning the likely testimony of Haaretz's proposed witnesses:

While many of Haaretz's proposed witnesses could have information about relevant matters, the record contains scant information about what particular witnesses are actually likely to say. Importantly, Mr. Marouani, the reporter who wrote the article, did not provide an affidavit on the motion. Nor did Haaretz produce any witness statements or even any notes of conversations with the proposed witnesses. In these circumstances, the motion judge was entitled to treat Haaretz's proposed witness list with caution. [para. 73]

[58] There is no doubt that the motion judge erred in finding that letters rogatory could be used to compel Israeli witnesses to testify in Ontario.

[59] First, by dismissing evidence that Haaretz's witnesses would not testify voluntarily on the basis that "[t]his concern will exist even if the trial is held in Israel" (para. 42), the motion judge ignored the very concern raised by Haaretz, namely that Israeli witnesses, while compellable in Israel, could not be effectively compelled to testify if the trial proceeded in Ontario. Second, as the Court of Appeal found, he erred by considering that Israeli witnesses could be compelled in Ontario through the use of letters rogatory.

[60] The analysis of the majority of the Court of Appeal on this point only compounded the motion judge's errors.

partie du système judiciaire canadien. La conclusion implicite du juge des requêtes selon laquelle le recours à ces procédures ne minerait pas l'équité du procès n'était pas déraisonnable. [Notes en bas de page omises; par. 69-71.]

Deuxièmement, la majorité de la Cour d'appel était d'avis que l'engagement de Goldhar de payer les frais de déplacement et d'hébergement réglait la question des coûts additionnels occasionnés par la tenue du procès en Ontario. Troisièmement, la preuve concernant la déposition probable des témoins proposés par Haaretz était insuffisante :

[TRADUCTION] Bien qu'un grand nombre des témoins proposés par Haaretz pourraient posséder des renseignements sur des sujets pertinents, le dossier contient très peu d'information quant au contenu des témoignages qu'ils sont susceptibles de présenter. Fait important, le journaliste qui a rédigé l'article, M. Marouani, n'a pas soumis d'affidavit dans le cadre de la requête. En outre, Haaretz n'a pas produit de déclarations de témoin ni même de notes des conversations avec les témoins proposés. Dans ces circonstances, le juge des requêtes pouvait considérer avec circonspection la liste des témoins proposés par Haaretz. [par. 73]

[58] Il ne fait aucun doute que le juge des requêtes a eu tort de conclure que l'on pouvait utiliser les lettres rogatoires pour contraindre les témoins israéliens à témoigner en Ontario.

[59] Premièrement, en rejetant la preuve d'Haaretz selon laquelle ces témoins ne témoigneraient pas de leur plein gré, au motif que [TRADUCTION] « [c]ette inquiétude existerait même si le procès se déroulait en Israël » (par. 42), le juge des requêtes n'a pas tenu compte de la préoccupation même soulevée par Haaretz, à savoir le fait que les témoins israéliens pourraient être contraints à témoigner en Israël, mais qu'ils ne pourraient pas être réellement contraints à témoigner si le procès se déroulait en Ontario. Deuxièmement, comme la Cour d'appel l'a conclu, le juge des requêtes a fait erreur en estimant qu'il était possible d'utiliser des lettres rogatoires pour contraindre les témoins israéliens à témoigner en Ontario.

[60] L'analyse des juges majoritaires de la Cour d'appel sur ce point n'a fait qu'aggraver les erreurs du juge des requêtes.

[61] First, the majority of the Court of Appeal erroneously found that the motion judge “was entitled to accept that reluctant foreign witnesses could be compelled to provide evidence in Israel through the use of letters of request and that videoconferencing was a potential means of obtaining the evidence of any witnesses unwilling to come to Ontario” (para. 69). The motion judge never made such a finding. He found that Israeli witnesses could be compelled to testify in Ontario by letters rogatory, which was incorrect. He never found that letters rogatory could be used to compel an Israeli witness to testify by videoconference at a trial taking place in Ontario.

[62] Second, the majority found that there were “available methods, under the Rules of Civil Procedure, for dealing with witnesses outside the jurisdiction” and that “Haaretz led no evidence to undermine Goldhar’s submissions that these methods would be available in this case” (para. 70).

[63] It was not up to Haaretz to lead evidence that videoconferencing would not be an available means of compelling the testimony of Israeli witnesses. Haaretz had relied on evidence to the effect that many of its witnesses would not voluntarily testify. Given the fact that these witnesses could not be compelled directly, Haaretz met its burden in establishing a concern as to the fairness of a trial in Ontario. As such, it was up to Goldhar to respond with evidence that these witnesses could, in fact, be compelled in Ontario, thus addressing any concern relating to fairness. Furthermore, Goldhar raised the availability of videoconferencing only in oral submissions. Haaretz could not be required to lead evidence to respond to unsupported representations. Finally, Haaretz could not be required to prove a negative: that compelled testimony by videoconference would not be available.

[61] Tout d’abord, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu à tort que le juge des requêtes [TRADUCTION] « pouvait accepter la possibilité de contraindre les témoins étrangers réticents à témoigner en Israël au moyen de lettres de demande et que la vidéoconférence constituait un moyen d’entendre le témoignage de tout témoin non disposé à se rendre en Ontario » (par. 69). Le juge des requêtes n’a jamais tiré cette conclusion. Il a conclu à la possibilité de contraindre les témoins israéliens à témoigner en Ontario au moyen de lettres rogatoires, ce qui est faux. Il n’a jamais conclu qu’on pouvait y avoir recours pour contraindre un témoin israélien à témoigner par vidéoconférence lors d’un procès tenu en Ontario.

[62] Deuxièmement, les juges majoritaires ont conclu que [TRADUCTION] « les *Règles de procédure civile* prévoient des méthodes pour traiter avec des témoins qui se trouvent dans un autre ressort » et que « Haaretz n’a présenté aucun élément de preuve pouvant réfuter l’argument de M. Goldhar selon lequel il serait possible d’employer ces méthodes en l’espèce » (par. 70).

[63] Il ne revenait pas à Haaretz de présenter une preuve selon laquelle il serait impossible de recourir à la vidéoconférence pour contraindre les témoins israéliens à témoigner. Haaretz s’est fondé sur des éléments de preuve indiquant que bon nombre de ses témoins ne témoigneraient pas de leur plein gré. Vu l’impossibilité de contraindre directement ces témoins à témoigner, Haaretz s’est déchargé de son fardeau d’établir une crainte quant à l’équité d’un procès tenu en Ontario. Il incombait donc à Goldhar de présenter des éléments de preuve établissant que ces témoins pouvaient effectivement être contraints à témoigner en Ontario, et de dissiper par le fait même toute préoccupation en matière d’équité. En outre, Goldhar a évoqué la possibilité de procéder par vidéoconférence uniquement dans les plaidoiries orales. Haaretz ne pouvait être tenu de présenter des éléments de preuve pour répondre à des observations non étayées. Enfin, Haaretz ne pouvait être tenu de prouver le bien-fondé d’une assertion négative : qu’il serait impossible de contraindre les témoins à témoigner par vidéoconférence.

[64] This conclusion is supported by *Moore v. Bertuzzi*, 2014 ONSC 1318, 53 C.P.C. (7th) 237, on which Goldhar relied in establishing the availability of videoconferencing as a means to compel foreign witnesses to testify. That case involved a motion to issue a letter of request to the judicial authorities in the state of Washington to compel testimony by videoconference, not a *forum non conveniens* application. The Ontario Superior Court, at para. 86, found that expert evidence proving that a foreign jurisdiction would actually enforce a request to compel testimony by videoconference was unnecessary in the context of determining whether an Ontario court should grant a motion for a letter of request. However, the court agreed that “expert evidence would be necessary to prove U.S. laws to determine whether Washington courts would enforce such a request” (para. 86 (emphasis added)). While proving this fact was unnecessary in *Bertuzzi*, determining whether it is likely that Israel would actually enforce such a letter of request is crucial to ensuring the fairness of a potential trial in Ontario. It was not found in *Bertuzzi* that such letters of request will generally be enforced by foreign jurisdictions. This fact must be proven by expert evidence led by the party seeking to establish it; in this case, Goldhar.

[65] For all these reasons, the evidence did not allow the courts below to ensure that Haaretz would be able to compel its witnesses to testify if the trial proceeded in Ontario. Being unable to do so would affect Haaretz’s ability to defend itself in Ontario, which would be significantly unfair.

[66] The motion judge also erred by giving significant weight to Goldhar’s undertaking to fund the travel and accommodation expenses of the foreign witnesses in accordance with the rates provided in the Rules. The motion judge placed significant weight on this undertaking, finding that it addressed the additional expense of the Ontario forum. He went

[64] Cette conclusion est étayée par l’arrêt *Moore c. Bertuzzi*, 2014 ONSC 1318, 53 C.P.C. (7th) 237, invoqué par Goldhar pour établir la possibilité de recourir à la vidéoconférence pour contraindre les témoins étrangers à témoigner. Il s’agissait dans cette affaire d’une requête pour obtenir la délivrance d’une lettre de demande aux autorités judiciaires de l’État de Washington en vue d’obliger une personne à témoigner par vidéoconférence. Il ne s’agissait pas d’une demande fondée sur le *forum non conveniens*. Au paragraphe 86 de sa décision, la Cour supérieure de justice de l’Ontario a conclu qu’il n’était pas nécessaire, pour décider si un tribunal ontarien ferait droit à une requête pour obtenir la délivrance d’une lettre de demande, de présenter une preuve d’expert établissant qu’un ressort étranger accèderait bel et bien à une demande en vue de contraindre un témoin à témoigner par vidéoconférence. Cependant, la cour a convenu [TRADUCTION] « qu’il faudrait présenter une preuve d’expert concernant les lois américaines pour déterminer si les tribunaux de l’État de Washington exécuteraient réellement une demande de ce genre » (par. 86 (je souligne)). Bien qu’il fût inutile de prouver ce fait dans l’affaire *Bertuzzi*, la question de savoir si Israël exécuterait réellement pareille lettre de demande est essentielle pour assurer l’équité d’un procès éventuel en Ontario. Dans *Bertuzzi*, la cour n’a pas conclu que les pays étrangers exécutent habituellement de telles lettres de demande. Ce fait doit être établi au moyen d’une preuve d’expert présentée par la partie qui cherche à l’établir, en l’occurrence Goldhar.

[65] Pour tous ces motifs, la preuve ne permettait pas aux juridictions inférieures de s’assurer qu’Haaretz serait en mesure de contraindre ses témoins à venir témoigner si le procès se déroulait en Ontario. L’incapacité de le faire aurait une incidence sur la possibilité pour Haaretz de se défendre en Ontario, ce qui serait une grave injustice.

[66] Le juge des requêtes a aussi commis une erreur en accordant un poids significatif à l’engagement de Goldhar de payer les frais de déplacement et d’hébergement des témoins étrangers conformément aux taux prescrits par les Règles. Le juge des requêtes a accordé une grande importance à cet engagement, estimant qu’il réglait la question des coûts additionnels

so far as to include this undertaking as a condition in his order. The majority of the Court of Appeal ignored the fact that the undertaking was relevant only in light of the motion judge's finding that letters rogatory could be used to compel testimony in Ontario. If testimony is now to take place via videoconference, this undertaking is of no significant value. Furthermore, consideration of such an undertaking would allow a wealthy plaintiff to sway the *forum non conveniens* analysis, which would be inimical to the foundational principles of fairness and efficiency underlying this doctrine.

[67] Finally, the motion judge erred by unreasonably discounting Haaretz's proposed witnesses and the relevance of their evidence. Haaretz had, in its factum, described what these 22 witnesses "may speak to" and had filed a supplemental affidavit briefly describing the evidence that 8 of the witnesses might give to assist it at trial. Goldhar had, in comparison, no evidence concerning the witnesses he might call and what those witnesses would speak to.

[68] The opinion of an expert cannot serve to raise doubt as to the relevance of a proposed witness' testimony. Only a motion judge can make such determinations. In a *forum non conveniens* analysis, an expert's opinion as to the relevance of certain testimony should not be permitted to minimize the testimony of possible witnesses such that their inability to participate in a trial is seen as any less unfair.

[69] The evidence of Haaretz's Israeli witnesses was clearly relevant. The statements alleged by Goldhar to be libellous were, in large part, derived from information obtained from informants within Maccabi Tel Aviv. One notable example is the following statement:

Within the club, however, there are those who believe that Goldhar's managerial culture is based on overconcentration bordering on megalomania, penny-pinching and a lack of long-term planning. [Emphasis added.]

occasionnés par le ressort ontarien. Il est allé jusqu'à inclure cet engagement dans les conditions de son ordonnance. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont négligé le fait que cet engagement n'était utile que dans la mesure où le juge des requêtes avait conclu à la possibilité d'utiliser des lettres rogatoires pour contraindre les témoins à témoigner en Ontario. Si les témoignages doivent maintenant être présentés par vidéoconférence, l'engagement n'a aucune valeur. De plus, la prise en considération de cet engagement permettrait à un demandeur fortuné d'influencer l'analyse du *forum non conveniens*, ce qui irait à l'encontre des principes fondamentaux de l'équité et de l'efficacité qui sous-tendent la doctrine.

[67] Enfin, le juge des requêtes a commis une erreur en écartant de façon déraisonnable les témoins proposés par Haaretz et la pertinence de leur témoignage. Dans son mémoire, Haaretz avait décrit ce dont ces 22 témoins [TRADUCTION] « pourraient parler » dans leur témoignage et déposé un affidavit supplémentaire décrivant brièvement le témoignage que pourraient présenter 8 des témoins pour l'assister lors du procès. Goldhar, pour sa part, n'a présenté aucune preuve concernant les témoins qu'il pourrait assigner ou ce dont ces témoins pourraient parler.

[68] L'avis d'un expert ne peut servir à jeter un doute quant à la pertinence de la déposition d'un témoin proposé. Seul le juge des requêtes peut tirer une conclusion de ce genre. Il ne devrait pas être permis, dans le contexte d'une analyse du *forum non conveniens*, de présenter l'avis d'un expert pour minimiser la pertinence d'un témoignage, de façon à ce que l'incapacité du témoin éventuel à comparaître au procès soit perçue comme étant moins injuste.

[69] La déposition éventuelle des témoins israéliens d'Haaretz était manifestement pertinente. Les propos que Goldhar qualifie de diffamatoires étaient, en grande partie, tirés de renseignements obtenus auprès d'informateurs au sein du Maccabi Tel Aviv. La déclaration suivante est un exemple notable :

[TRADUCTION] Cependant, au sein du club, certains croient que la culture de gestion de Goldhar repose sur une surconcentration frôlant la mégalomanie, la pingrerie et le manque de planification à long terme. [Je souligne.]

This statement, the natural and ordinary meaning of which is raised at para. 9 of the amended statement of claim, is specifically said to be based on information obtained by Haaretz from Maccabi Tel Aviv insiders. The motion judge erred by discounting the relevance of their testimony.

[70] For all these reasons, I conclude that this factor weighs heavily in favour of a trial in Israel. Haaretz was the only party to provide evidence of the witnesses it might call. The testimony of those witnesses was clearly relevant to this action. Even so, the courts below never satisfied themselves that these witnesses could be compelled to testify if the action proceeded in Ontario, despite the fact that it would be significantly unfair for Haaretz to be unable to compel them.

(3) Loss of Legitimate Juridical Advantage

[71] The motion judge relied on the fact that a jury trial was available in Ontario, but not in Israel, to conclude that loss of juridical advantage favoured a trial in Ontario (paras. 55 and 61-63). The majority of the Court of Appeal found that the motion judge had erred in accepting that Goldhar would suffer a loss of juridical advantage, as he had not delivered a jury notice prior to the motion (paras. 92-94). As a result, it concluded that this was a neutral factor rather than one that favoured a trial in Ontario (para. 99).

[72] Haaretz submits that the majority of the Court of Appeal erred by finding (at para. 100) that it was “confident that [the motion judge] was aware of [the] cautions” against giving this factor too much weight. Further, it submits that the motion judge erred by discounting the relevance of juridical advantages available to Goldhar in Israel. The expert evidence was that Israeli defamation law is more plaintiff-friendly because truth is not an absolute defence, a successful plaintiff is entitled to statutory damages

Cette déclaration, dont le sens naturel et ordinaire a été soulevé au par. 9 de la déclaration modifiée, est, selon ce qui est expressément indiqué, fondée sur des renseignements obtenus par Haaretz auprès d’informateurs au sein du Maccabi Tel Aviv. Le juge des requêtes a commis une erreur en écartant la pertinence de leur témoignage.

[70] Pour tous ces motifs, je conclus que ce facteur milite fortement en faveur de la tenue d’un procès en Israël. Haaretz est la seule partie qui a présenté une preuve à l’égard des témoins qu’elle pourrait convoquer. La déposition de ces derniers était manifestement pertinente pour la présente action. Malgré cela, les juridictions inférieures n’ont jamais établi de façon satisfaisante que ces témoins pourraient être contraints de témoigner si l’action était intentée en Ontario, malgré le fait qu’il serait gravement injuste pour Haaretz de ne pas pouvoir contraindre ces témoins.

(3) La perte d’un avantage juridique légitime

[71] Le juge des requêtes s’est appuyé sur le fait qu’il était possible d’obtenir un procès devant jury en Ontario, mais non en Israël, pour conclure que la perte d’un avantage juridique militait en faveur de la tenue d’un procès dans cette province (par. 55 et 61-63). Selon les juges majoritaires de la Cour d’appel, le juge des requêtes a accepté à tort que Goldhar perdrait un avantage juridique, car il n’avait présenté aucune demande de procès devant jury avant la requête (par. 92-94). En conséquence, la Cour d’appel a conclu qu’il s’agissait d’un facteur neutre plutôt que d’un facteur militant en faveur de la tenue d’un procès en Ontario (par. 99).

[72] Haaretz fait valoir que la majorité à la Cour d’appel a commis une erreur en se disant (par. 100) [TRADUCTION] « certaine que [le juge des requêtes] était au courant [des] mises en garde » selon lesquelles il ne faut pas accorder trop d’importance à ce facteur. En outre, il prétend que le juge des requêtes a commis une erreur en ne tenant pas compte de la perte des avantages juridiques qui s’offrent à Goldhar en Israël. Selon la preuve d’expert, le droit israélien de la diffamation est favorable au demandeur parce

and courts may order a defendant to publish a correction or retraction.

[73] Conversely, Goldhar submits that the motion judge properly concluded that access to a jury trial was an important juridical advantage that favoured a trial in Ontario (R.F., at para. 105). I agree.

[74] The right to a jury trial is a substantive right of particular importance in defamation cases. As any party in Ontario may deliver a jury notice before the close of pleadings (rule 47.01 of the Rules), this was a juridical advantage still available to Goldhar at the time of the stay motion.

[75] With regard to the relevance of any juridical advantage available to Goldhar in Israel, in my view, the motion judge correctly held as follows:

In my view, any juridical advantages to the plaintiff under Israeli defamation law are irrelevant as a comparative analysis at this stage is not required. Given that the context for this analysis is whether the plaintiff should be denied the benefits of his decision to select a forum that is appropriate under the conflicts rules, then the measure is whether there is a loss, rather than a calculation of the net loss, of legitimate juridical advantage for the plaintiff if this action were to proceed in Israel. [para. 62]

[76] As a result, I would not disturb the motion judge's conclusion on this factor. That being said, for the reasons set out by this Court at para. 27 of *Black*, this factor "should not weigh too heavily in the *forum non conveniens* analysis".

(4) Fairness

[77] The motion judge found that fairness favoured a trial in Ontario, as there "is no surprise or injustice

que la vérité n'est pas une défense absolue, que le demandeur qui obtient gain de cause a droit à des dommages-intérêts statutaires, et que les tribunaux peuvent ordonner au défendeur de publier une correction ou une rétractation.

[73] À l'inverse, Goldhar fait valoir que le juge des requêtes a conclu à bon droit que la possibilité de subir un procès devant jury était un avantage juridique important qui militait en faveur de la tenue d'un procès en Ontario (m.i., par. 105). Je suis d'accord.

[74] Le droit à un procès devant jury est un droit substantiel qui revêt une importance particulière dans les affaires de diffamation. Puisqu'en Ontario, une partie peut demander la tenue d'un procès devant jury avant la clôture de la procédure écrite (article 47.01 des Règles), cet avantage juridique s'offrait toujours à Goldhar au moment de la requête en suspension de l'instance.

[75] En ce qui a trait à la pertinence des avantages juridiques disponibles pour Goldhar en Israël, je suis d'avis que le juge des requêtes a eu raison de tirer la conclusion suivante :

[TRADUCTION] À mon avis, les avantages juridiques dont le demandeur pourrait se prévaloir en vertu du droit israélien de la diffamation ne sont pas pertinents, car aucune analyse comparative n'est requise à cette étape. Étant donné que l'analyse repose sur la question de savoir s'il faudrait refuser au demandeur les avantages liés à sa décision de choisir un ressort approprié suivant les règles de conflits en droit international privé, il faut déterminer si le demandeur perdrait un avantage juridique légitime au cas où l'action serait instruite en Israël, au lieu de calculer la perte nette. [par. 62]

[76] Par conséquent, je ne modifierais pas la conclusion du juge des requêtes quant à ce facteur. Cela dit, pour les motifs énoncés par notre Cour au par. 27 de l'arrêt *Black*, « [i]l convient [. . .] de ne pas accorder trop d'importance à [ce facteur] dans l'analyse relative au *forum non conveniens* ».

(4) L'équité

[77] Le juge des requêtes a conclu que l'équité militait en faveur de la tenue d'un procès en Ontario,

to the plaintiff’s attempt to vindicate his reputation in Ontario, where he lives and works” (para. 65). The majority of the Court of Appeal saw no reason to interfere with this finding (para. 104). In my view, the motion judge committed two errors in considering this important factor.

[78] First, he erred by failing to consider Goldhar’s significant reputation in Israel. As discussed above, Goldhar’s action was never limited to damage to his reputation in Ontario or to statements pertaining to his business in Ontario. While I agree with my colleagues McLachlin C.J. and Moldaver and Gascon JJ. that fairness “supports allowing Mr. Goldhar to vindicate his reputation in the jurisdiction where he maintains his reputation, and where the sting of the article was felt by him” (para. 214), in the circumstances of this case, fairness must be analysed in light of Goldhar’s multijurisdictional reputation. As my colleague Abella J. correctly notes at para. 141 of her concurring reasons, focusing solely on Ontario ignores the reality of Goldhar’s significant business interest and reputation in Israel. Not only is his reputation in Israel established by the evidence, but importantly, the amended statement of claim confirms that he saw himself as enjoying a significant reputation in Israel. While the motion judge correctly found that there “is no surprise or injustice to the plaintiff’s attempt to vindicate his reputation in Ontario, where he lives and works” (para. 65), Goldhar would suffer no significant unfairness by having to bring a libel claim in Israel for comments that were written and researched in Israel and that pertain primarily to his reputation and business in that jurisdiction.

[79] Second, the motion judge erred by failing to weigh Goldhar’s interest in vindicating his reputation in Ontario against the significant unfairness that a trial in Ontario would impose on Haaretz. As discussed above, the evidence did not allow the courts below to ensure that Haaretz would be able to compel its witnesses to testify if the trial were to

car il [TRADUCTION] « n’est ni surprenant ni injuste que le demandeur tente de rétablir sa réputation en Ontario, où il vit et travaille » (par. 65). Les juges majoritaires de la Cour d’appel n’ont trouvé aucune raison de modifier cette conclusion (par. 104). À mon avis, le juge des requêtes a commis deux erreurs lorsqu’il s’est penché sur cet important facteur.

[78] Premièrement, il a commis une erreur en ne prenant pas en considération la grande réputation dont jouit Goldhar en Israël. Comme nous l’avons vu, l’action de Goldhar n’a jamais visé uniquement le dommage causé à sa réputation en Ontario ou les propos concernant l’entreprise qu’il exploite dans cette province. Même si je suis d’accord avec mes collègues la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver et Gascon lorsqu’ils affirment que l’équité « appuie [. . .] la conclusion selon laquelle Goldhar devrait pouvoir rétablir sa réputation dans le ressort où il en jouit et où il a ressenti l’affront de l’article » (par. 214), dans les circonstances de l’espèce, il faut analyser l’équité en fonction de la réputation dont Goldhar jouit dans plusieurs ressorts. Comme le souligne à juste titre ma collègue la juge Abella au par. 141 de ses motifs concordants, en ne se focalisant que sur l’Ontario, on néglige le fait que Goldhar a une réputation et des intérêts commerciaux importants en Israël. Non seulement sa réputation en Israël est-elle établie par la preuve, mais, fait important, la déclaration modifiée confirme qu’il se voyait lui-même comme jouissant d’une grande réputation dans ce pays. Bien que le juge des requêtes ait conclu à bon droit qu’il [TRADUCTION] « n’est ni surprenant ni injuste que le demandeur tente de rétablir sa réputation en Ontario, où il vit et travaille » (par. 65), Goldhar ne subirait aucune grave injustice en ayant à intenter en Israël une action en diffamation pour des commentaires rédigés et documentés dans ce pays, et portant principalement sur sa réputation et son entreprise israéliennes.

[79] Deuxièmement, le juge des requêtes a erré en omettant de soupeser l’intérêt de Goldhar à rétablir sa réputation en Ontario et la grande injustice que subirait Haaretz si le procès avait lieu dans cette province. Comme je l’ai dit précédemment, la preuve ne permettait pas aux juridictions inférieures de s’assurer qu’Haaretz serait en mesure de contraindre

proceed in Ontario. This raises doubt as to whether Haaretz would have a fair opportunity to defend itself if a trial were held in Ontario. The prospect of such a circumstance, which would be significantly unfair to Haaretz, outweighs Goldhar's interest in vindicating his reputation in Ontario rather than Israel. By not considering this, the motion judge failed to carry out his duty "to ensure that both parties are treated fairly" (*Van Breda*, at para. 105 (emphasis added)).

[80] For these reasons, I conclude that fairness favours a trial in Israel.

(5) Enforcement

[81] As noted by Pepall J.A., the question of enforcement was argued before the motion judge but was not addressed in his decision or by the majority of the Court of Appeal (para. 192). The motion judge erred in failing to address this question.

[82] As Haaretz has no presence or assets in Ontario, any order against it will have to be enforced by Israeli courts. My colleague Abella J., at para. 142 of her concurring reasons, also recognizes that this raises concerns about the multiplicity of proceedings that may arise from a trial in Ontario, and thus it slightly favours a trial in Israel.

[83] I respectfully disagree with my colleagues McLachlin C.J. and Moldaver and Gascon JJ. that the focus on the vindication of a plaintiff's reputation "often renders the enforcement of the final judgment irrelevant to the *forum non conveniens* analysis in defamation cases" (para. 236). This Court, in *Van Breda*, identified problems related to the recognition and enforcement of judgments as a factor that a court might consider in deciding whether to apply *forum non conveniens* (para. 110). In the case at bar, Goldhar specifically claimed general damages in the amount of \$600,000 and punitive damages in the amount of \$100,000 in his amended statement of claim. He claimed he would "continue to suffer

ses témoins à venir témoigner si le procès devait se dérouler en Ontario. Cela soulève un doute quant à savoir si Haaretz aurait une possibilité équitable de se défendre si le procès avait lieu en Ontario. Pareille éventualité, qui est fort injuste envers Haaretz, l'emporte sur l'intérêt de Goldhar à rétablir sa réputation en Ontario plutôt qu'en Israël. En faisant défaut de prendre en compte cet élément, le juge des requêtes ne s'est pas acquitté de son obligation d'« assurer l'équité envers les deux parties » (*Van Breda*, par. 105 (je souligne)).

[80] Pour ces motifs, je conclus que l'équité milite en faveur de la tenue d'un procès en Israël.

(5) L'exécution du jugement

[81] Comme la juge Pepall l'a fait remarquer, la question de l'exécution du jugement a été débattue devant le juge des requêtes, mais n'a pas été abordée dans sa décision ou par les juges majoritaires de la Cour d'appel (par. 192). Le juge des requêtes a commis une erreur en s'abstenant de le faire.

[82] Comme Haaretz n'a ni bureau ni actifs en Ontario, toute ordonnance rendue contre lui devra être exécutée par les tribunaux israéliens. Au par. 142 de ses motifs concordants, ma collègue la juge Abella reconnaît elle aussi que ce facteur soulève des préoccupations quant à la multiplicité des recours qui pourraient découler d'un procès en Ontario, et il milite donc légèrement en faveur de la tenue d'un procès en Israël.

[83] Avec égards, je ne suis pas d'accord avec mes collègues la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver et Gascon pour dire que le point de mire du rétablissement de la réputation d'un demandeur « [rend souvent] la question de l'exécution du jugement définitif [. . .] étrangère à l'analyse relative au *forum non conveniens* dans les affaires de [diffamation] » (par. 236). Dans *Van Breda*, notre Cour a précisé que les problèmes liés à la reconnaissance et à l'exécution des jugements constituent un facteur dont le tribunal peut tenir compte dans sa décision d'appliquer la doctrine du *forum non conveniens* (par. 110). Dans l'affaire qui nous occupe, Goldhar a explicitement réclamé des dommages-intérêts

damage, and in particular financial loss” in Israel, Canada and the United States and elsewhere (A.R., vol. II, pp. 1-8, at para. 12 (emphasis added)). There is no basis upon which to now claim that, if Goldhar succeeds, he will not seek to enforce a final judgment. In fact, even if Goldhar were to seek and obtain an order requiring Haaretz to correct or remove the offending article, which would serve to vindicate his reputation, the order would need to be enforced in Israel. While I agree with Nordheimer J., as he then was, that “this factor alone is not determinative” (*Barrick Gold Corp. v. Blanchard & Co.* (2003), 9 B.L.R. (4th) 316, at para. 40), it is not irrelevant, and it is properly weighed in the *forum non conveniens* analysis, as this Court did in *Black*, also an action for defamation (para. 35).

(6) Applicable Law

[84] This Court, in *Tolofson*, established *lex loci delicti*, or the place where the tort occurs, as the general principle for determining choice of law (p. 1050). This rule is meant to ensure “certainty, ease of application and predictability” (*Tolofson*, at p. 1050).

[85] This Court did, however, leave the door open to carefully defined exceptions to this rule, particularly if the place where the tort occurs differs from the place where its consequences are felt. La Forest J., in *Tolofson*, considered that the tort of libel may possibly be such a case (pp. 1042 and 1050; see also *Banro*, at paras. 50-51). This led LeBel J., in *Banro*, to note that a possible alternative approach to choice of law in defamation cases may be the place of most substantial harm to reputation (para. 56).

[86] The motion judge found that the *locus delicti* of the tort was Ontario. Based on the limited comparative evidence regarding Goldhar’s reputation in Ontario and Israel, as well as Goldhar’s undertaking

généraux de 600 000 \$ et des dommages-intérêts punitifs de 100 000 \$ dans sa déclaration modifiée. Selon lui, il [TRADUCTION] « continuera de subir un préjudice, en particulier des pertes financières » en Israël, au Canada, aux États-Unis et ailleurs (d.a., vol. II, p. 1-8, par. 12 (je souligne)). Il n’y a aucune raison de soutenir aujourd’hui que, si Goldhar a gain de cause, il ne cherchera pas à faire exécuter un jugement définitif. En fait, même s’il demandait et obtenait une ordonnance enjoignant à Haaretz de corriger ou de supprimer l’article offensant, une mesure qui servirait à rétablir la réputation de Goldhar, l’ordonnance devra être exécutée en Israël. Je conviens certes avec le juge Nordheimer, maintenant juge à la Cour d’appel de l’Ontario, que [TRADUCTION] « ce facteur n’est pas déterminant en soi » (*Barrick Gold Corp. c. Blanchard & Co.* (2003), 9 B.L.R. (4th) 316, par. 40), mais il n’est pas dénué de pertinence et il est pris en compte à bon droit dans l’analyse relative au *forum non conveniens*, comme l’a fait notre Cour dans *Black*, une autre action en diffamation (par. 35).

(6) Le droit applicable

[84] Dans l’arrêt *Tolofson*, notre Cour a adopté la *lex loci delicti*, ou le lieu où le délit a été commis, comme principe général établissant le droit applicable (p. 1050). Cette règle se veut « certaine, facile à appliquer et prévisible » (*Tolofson*, p. 1050).

[85] Notre Cour n’a toutefois pas écarté la possibilité qu’il y ait des exceptions bien définies à la règle, tout particulièrement si le délit a été commis dans un autre endroit que celui où ses conséquences se font sentir. Dans *Tolofson*, le juge La Forest a indiqué que le délit de diffamation pourrait bien constituer un pareil cas (p. 1042 et 1050; voir aussi *Banro*, par. 50-51). Ainsi, dans *Banro*, le juge LeBel a noté que le lieu où la réputation a subi l’atteinte la plus substantielle pouvait constituer une solution de rechange dans le contexte du choix du droit applicable dans les affaires de diffamation (par. 56).

[86] Le juge des requêtes a conclu que le *locus delicti* du délit était l’Ontario. En se fondant sur les éléments de preuve comparatifs limités concernant la réputation de Goldhar en Ontario et en Israël et sur le

not to seek at the trial of the action to recover damages for reputational harm outside of Canada, the motion judge found that the most substantial harm to his reputation was also in Ontario. The majority of the Court of Appeal agreed.

[87] Pepall J.A., dissenting at the Court of Appeal, concluded that “*lex loci delicti* is too thin a strand on which to anchor choice of law in an Internet defamation case such as this one” (para. 179) and that, under the most substantial harm test, the law of Israel should govern the dispute. She would have found that the motion judge erred on the basis that he did not consider that the tort occurred in both Ontario and Israel, that there was no evidence of substantial harm to Goldhar’s reputation in Ontario and that he did not consider the principle of comity.

[88] As a tort has occurred in Ontario, Ontario law applies to the present action under the *lex loci delicti* rule. If, however, the action were to proceed in Israel, we can infer, relying upon the evidence of Dr. Tamar Gidron, a law professor at the Haim Striks School of Law in Israel, that Israeli courts would also apply their own law. As each forum would apply its own law, the applicable law factor cannot aid Haaretz in showing that it would be fairer and more efficient to proceed in the alternative forum.

[89] I recognize that, in *Black* and *Banro*, this Court considered only the applicable law in the chosen forum. I am concerned that disregarding the applicable law in the alternative forum is inconsistent with the comparative nature of the *forum non conveniens* analysis:

In many cases, including multi-jurisdiction defamation actions, different choice of law rules in each forum may well lead to different jurisdictions applying different substantive law. If the applicable law to the dispute is going to

fait que Goldhar s’est engagé à ne pas chercher, lors de l’instruction de la présente action, à recouvrer des dommages-intérêts pour l’atteinte à sa réputation à l’extérieur du Canada, le juge des requêtes a estimé que le lieu où la réputation de Goldhar avait subi l’atteinte la plus substantielle était aussi l’Ontario. Les juges majoritaires de la Cour d’appel se sont dits d’accord sur ce point.

[87] La juge Pepall, dissidente en Cour d’appel, a conclu que [TRADUCTION] « la *lex loci delicti* n’est pas un critère suffisamment solide pour qu’on puisse y ancrer le choix du droit applicable dans un cas de diffamation sur Internet comme celui qui nous occupe » (par. 179) et que, suivant le critère de l’atteinte la plus substantielle, le litige devrait être régi par le droit d’Israël. Elle aurait conclu que le juge des requêtes a commis une erreur en ne prenant pas en considération le fait que le délit avait été commis à la fois en Ontario et en Israël, qu’aucun élément de preuve n’a été produit pour établir une atteinte substantielle à la réputation de Goldhar en Ontario et que le juge des requêtes n’a pas tenu compte du principe de la courtoisie.

[88] Puisqu’un délit est survenu en Ontario, le droit ontarien s’applique à la présente action suivant la règle de la *lex loci delicti*. Si, en revanche, l’action devait être instruite en Israël, nous pouvons déduire du témoignage de M. Tamar Gidron, professeur de droit à la faculté de droit israélienne Haim Striks, que les tribunaux de ce pays appliqueraient leur propre droit. Comme chaque tribunal appliquerait son propre droit, le facteur du droit applicable ne saurait aider Haaretz à démontrer qu’il serait plus équitable et plus efficace de procéder dans l’autre ressort.

[89] Je reconnais que, dans les arrêts *Black* et *Banro*, notre Cour s’est seulement penchée sur le droit applicable dans le ressort choisi. Je crains que faire abstraction du droit applicable dans l’autre ressort soit incompatible avec la nature comparative de l’analyse relative au *forum non conveniens* :

[TRADUCTION] Dans bien des cas, notamment les actions en diffamation qui touchent plusieurs ressorts, les différentes règles régissant le choix du droit applicable peuvent fort bien amener divers tribunaux à appliquer différentes

be used as a factor in the *forum non conveniens* analysis, then these different choice of law rules should be considered in order to properly determine whether in fact they can be said to favour one forum over the other.

(B. Kain, E. C. Marques and B. Shaw, “Developments in Private International Law: The 2011-2012 Term — The Unfinished Project of the *Van Breda* Trilogy” (2012), 59 *S.C.L.R.* (2d) 277, at p. 293)

[90] In any event, it is my view that applicable law, as determined by the *lex loci delicti* principle, should be accorded little weight in the *forum non conveniens* analysis in cases where jurisdiction is established on the basis of the *situs* of the tort. In circumstances where the *situs* of the tort leads to the assumption of jurisdiction in the chosen forum, *lex loci delicti* will inevitably also point to the chosen forum on the question of applicable law. This could be problematic, as this Court has clearly directed that the jurisdiction *simpliciter* and *forum non conveniens* analyses should be based on different factors (*Van Breda*, at para. 56; see also J.-G. Castel, “Multistate Defamation: Should the Place of Publication Rule be Abandoned for Jurisdiction and Choice of Law Purposes?” (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 153, at p. 163, and M. Castel, at pp. 154-55 and 160). Accordingly, applicable law is of little value in determining whether an alternative forum is clearly more appropriate in cases where jurisdiction is established on the basis of the *situs* of the tort. As such, while I would not disturb the motion judge’s conclusion that applicable law favours Ontario, this factor should be given little weight in the ultimate balancing.

[91] This would not be an appropriate case for this Court to adopt the place of most substantial harm test proposed in *Banro*, since, in my view, the submissions on this issue provide an insufficient basis upon which to create such an exception. Indeed, this Court should be reluctant to make such changes to the existing private international law framework as they may create legal uncertainty in a manner

règles de droit substantiel. Si le droit applicable au litige doit servir de facteur dans l’analyse relative au *forum non conveniens*, il faut alors prendre en considération ces différentes règles régissant le choix du droit applicable afin de décider comme il se doit si l’on peut effectivement affirmer qu’elles favorisent un ressort au détriment de l’autre.

(B. Kain, E. C. Marques et B. Shaw, « Developments in Private International Law : The 2011-2012 Term — The Unfinished Project of the *Van Breda* Trilogy », (2012) 59 *S.C.L.R.* (2d) 277, p. 293)

[90] Quoi qu’il en soit, j’estime qu’il convient d’accorder peu de poids au droit applicable fixé par le principe de la *lex loci delicti* dans l’analyse relative au *forum non conveniens*, lorsque la compétence est établie en fonction du lieu du délit. Dans les situations où ce lieu amène le tribunal choisi à se déclarer compétent, la *lex loci delicti* pointera aussi inévitablement vers le ressort choisi en matière de droit applicable. Cela risque de poser problème car notre Cour a clairement indiqué que l’analyse de la simple reconnaissance de compétence et celle relative au *forum non conveniens* devraient s’appuyer sur différents facteurs (*Van Breda*, par. 56; voir aussi J.-G. Castel, « Multistate Defamation : Should the Place of Publication Rule be Abandoned for Jurisdiction and Choice of Law Purposes? », (1990) 28 *Osgoode Hall L.J.* 153, p. 163, et M. Castel, p. 154, 155 et 160). Par conséquent, le droit applicable a peu de valeur lorsqu’il s’agit de décider si un autre ressort est nettement plus approprié dans les cas où la compétence est établie en fonction du lieu du délit. Ainsi, bien que je sois d’avis de ne pas modifier la conclusion du juge des requêtes selon laquelle le droit applicable milite en faveur de l’Ontario, il y a lieu d’accorder peu de poids à ce facteur dans la mise en balance finale.

[91] Il ne serait pas judicieux pour la Cour d’adopter en l’espèce le test du lieu de l’atteinte la plus substantielle proposé dans l’arrêt *Banro*, car, selon moi, les arguments présentés en l’instance à cet égard ne constituent pas un fondement suffisant pour créer une telle exception. En effet, notre Cour devrait être réticente à modifier le cadre existant du droit international privé, car ces modifications peuvent

contrary to the objectives of conflicts rules (*Tolofson*, at p. 1061).

[92] I recognize that in Internet defamation actions, where a tort may have occurred in multiple jurisdictions, the *lex loci delicti* rule may allow courts in multiple forums to assume jurisdiction and apply their own law. In an interconnected world where international players with global reputations are defamed through global publications, this is unsurprising.

[93] While I do not wish to discourage this Court from taking up this issue in a future case, it should do so only where this is necessary for the determination of the specific case before it and where appropriate evidence and argument are presented as to the impact of such a change.

[94] In concluding on this point, I would note that, in this case, the most substantial harm test would not have clearly favoured either forum. This is not a case such as the one contemplated in *Tolofson*, where the tort occurred in a different place than its consequences. The evidence is that Goldhar has a substantial reputation in Ontario, where his primary business interests lie, as well as a substantial reputation in Israel, where he enjoys a certain celebrity status by virtue of his ownership of a popular soccer team. While these reputations are qualitatively different, the evidence before me does not allow for a determination as to where Goldhar enjoyed the most substantial reputation or where the most substantial harm to that reputation occurred.

(7) Conclusion: Israel Is a Clearly More Appropriate Forum Than Ontario

[95] A robust and careful *forum non conveniens* analysis indicates that Haaretz would face substantial unfairness and inefficiency if a trial were held in Ontario. Goldhar's interest in vindicating his reputation in Ontario fails to outweigh these concerns.

créer une incertitude juridique contraire aux objectifs des règles de conflits en droit international privé (*Tolofson*, p. 1061).

[92] Je reconnais que dans les affaires de diffamation sur Internet, où un délit peut avoir été commis dans plusieurs ressorts, la règle de la *lex loci delicti* peut permettre aux tribunaux de multiples ressorts de se déclarer compétents et d'appliquer leur propre droit. Dans un monde interconnecté où des acteurs internationaux ayant des réputations mondiales sont diffamés par des publications diffusées à l'échelle de la planète, cela n'a rien d'étonnant.

[93] Bien que je ne souhaite pas dissuader notre Cour d'examiner cette question à l'avenir, elle ne devrait le faire que dans les cas où cela s'impose pour trancher l'affaire dont elle est saisie, et des éléments de preuve et des arguments suffisants quant à l'incidence d'un tel changement ont été présentés.

[94] Pour conclure sur ce point, je tiens à signaler que l'application du critère de l'atteinte la plus substantielle n'aurait pas clairement favorisé un ressort plutôt que l'autre en l'espèce. Il ne s'agit pas d'un cas comme celui envisagé dans l'arrêt *Tolofson*, où le délit a été commis à un endroit, mais ses conséquences se sont fait sentir ailleurs. La preuve démontre que Goldhar a une grande réputation en Ontario, où se trouvent ses principaux intérêts commerciaux, ainsi qu'en Israël, où il jouit d'une certaine célébrité du fait qu'il est propriétaire d'une équipe de soccer populaire. Bien que sa réputation diffère sur le plan qualitatif dans les deux ressorts, les éléments de preuve dont je dispose ne me permettent pas de déterminer à quel endroit la réputation de Goldhar était la plus grande, ni à quel endroit s'est produite l'atteinte la plus substantielle à sa réputation.

(7) Conclusion : Israël est un ressort nettement plus approprié que l'Ontario

[95] Une analyse rigoureuse et minutieuse du *forum non conveniens* indique qu'Haaretz se retrouverait dans une situation fort injuste et inefficace si le procès se déroulait en Ontario. L'intérêt de Goldhar à rétablir sa réputation en Ontario ne l'emporte pas sur ces préoccupations.

[96] A summary of my conclusions on each of the above elements of the *forum non conveniens* analysis is as follows:

- (1) Comparative Convenience and Expense for the Parties favours Israel;
- (2) Comparative Convenience and Expense for the Witnesses heavily favours Israel;
- (3) Loss of Legitimate Juridical Advantage, while favouring Ontario, should not weigh heavily in the analysis;
- (4) Fairness favours Israel;
- (5) Enforcement slightly favours Israel; and
- (6) Applicable law, while favouring Ontario, should be given little weight.

[97] Haaretz has established that holding a trial in Israel would be fairer and more efficient. Israel is clearly the more appropriate forum.

VI. Conclusion

[98] For all these reasons, I would allow the appeal and grant Haaretz's motion to stay the action, with its costs in this Court and throughout.

The following are the reasons delivered by

[99] KARAKATSANIS J. — I agree with much of the reasoning of Côté J. and the conclusion she reaches. I write briefly to indicate my disagreement with certain aspects of her analysis relating to *forum non conveniens*.

[100] Under the applicable law factor, Côté J. considers the law that would apply if the action proceeded in Israel, as well as the law that would apply in Ontario (paras. 88-89). As my colleagues McLachlin C.J. and Moldaver and Gascon JJ. indicate, this approach is inconsistent with this Court's jurisprudence and risks lengthening the *forum non conveniens* analysis (para. 207). It is also untethered

[96] Mes conclusions sur chacun des éléments susmentionnés de l'analyse du *forum non conveniens* se résument comme suit :

- (1) Les coûts et la commodité pour les parties favorisent Israël;
- (2) Les coûts et la commodité pour les témoins penchent fortement en faveur d'Israël;
- (3) La perte d'un avantage juridique favorise l'Ontario, mais il ne faut pas accorder trop de poids à ce facteur dans l'analyse;
- (4) L'équité favorise Israël;
- (5) L'exécution du jugement favorise légèrement Israël;
- (6) Le droit applicable, quoique favorable à l'Ontario, ne devrait pas peser lourd dans la balance.

[97] Haaretz a établi qu'il serait plus juste et plus efficace de tenir un procès en Israël. Israël est nettement le ressort le plus approprié.

VI. Conclusion

[98] Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de faire droit à la requête d'Haaretz en suspension de l'action, avec dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

[99] LA JUGE KARAKATSANIS — Je souscris dans une large mesure au raisonnement et à la conclusion de la juge Côté. Par les présents motifs, je souhaite expliquer succinctement mon désaccord avec certains aspects de son analyse relative au *forum non conveniens*.

[100] En ce qui concerne le facteur du droit applicable, la juge Côté tient compte du droit qui s'appliquerait si l'action devait être instruite en Israël ainsi que du droit qui s'appliquerait en Ontario (par. 88-89). Comme l'indiquent mes collègues la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver et Gascon, cette approche est incompatible avec la jurisprudence de notre Cour et risque de prolonger l'analyse du *forum*

from the rationale underlying the applicable law factor. The ultimate question that motivates this factor is whether the plaintiff's chosen jurisdiction would be applying foreign law, which may diminish efficiency and raise a risk of forum shopping (see *Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.*, 2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636, at para. 49). Assessing what law would apply in the *alternative* jurisdiction is not helpful to answering this question. That said, I agree with Côté J. that this factor holds little weight here, where jurisdiction and applicable law are both established on the basis of where the tort was committed.

[101] Further, my colleague Côté J. finds that Mr. Goldhar's reputation in Israel is relevant to the exercise of jurisdiction (para. 24). She thus concludes that the motion judge erred in failing to take his reputation in Israel into account as part of the fairness factor (paras. 50 and 78). In my view, Goldhar's Israeli reputation is not material to this factor, which is concerned with the plaintiff's interest in vindicating his reputation in the jurisdiction where he enjoys it (*Banro*, at para. 58; *Breeden v. Black*, 2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666, at para. 36; see also McLachlin C.J. and Moldaver and Gascon JJ., at para. 212). By bringing his claim in Ontario and undertaking to limit his claim to his Canadian reputation, Goldhar establishes that Ontario is where he enjoys and wishes to vindicate his reputation. Thus, I cannot agree that he would suffer no unfairness if he were forced to bring his claim in Israel. However, I agree with Côté J. that any unfairness to Goldhar is outweighed by fairness concerns over Haaretz's ability to compel its witnesses' testimony if the claim proceeds in Ontario (para. 79).

[102] On a related note, I cannot agree that Goldhar's undertaking to limit his claim to his Canadian reputation and not bring a claim in another jurisdiction "should not be allowed to narrow the scope of his pleadings" (Côté J., at para. 23). Parties can and do narrow their claims as proceedings progress.

non conveniens (par. 207). En outre, elle s'écarte de la raison d'être du facteur du droit applicable. La question capitale qui oriente ce facteur est de savoir si le ressort choisi par le demandeur appliquerait un droit étranger, ce qui peut diminuer l'efficacité de l'instruction et pose un risque de recherche du tribunal le plus favorable (voir *Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.*, 2012 CSC 18, [2012] 1 R.C.S. 636, par. 49). Déterminer quel droit s'appliquerait dans l'*autre* ressort n'aide pas à répondre à cette question. Cela dit, je conviens avec la juge Côté que ce facteur ne pèse pas lourd dans la balance en l'espèce, où la compétence et le droit applicable sont tous les deux établis en fonction du lieu où le délit a été commis.

[101] De plus, ma collègue la juge Côté conclut que la réputation de M. Goldhar en Israël est pertinente pour l'exercice de la compétence (par. 24). Elle arrive donc à la conclusion que le juge des requêtes a commis une erreur en ne tenant pas compte de sa réputation en Israël dans l'examen du facteur de l'équité (par. 50 et 78). À mon avis, la réputation de Goldhar dans ce pays n'a aucune importance pour ce facteur, qui s'attache à l'intérêt du demandeur à rétablir sa réputation dans le ressort où il en jouit (*Banro*, par. 58; *Breeden c. Black*, 2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666, par. 36; voir aussi les motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Moldaver et Gascon, par. 212). En intentant son recours en Ontario et en s'engageant à en limiter la portée à sa réputation au Canada, Goldhar établit que c'est en Ontario qu'il jouit de sa réputation et souhaite la rétablir. Je ne peux donc accepter qu'il ne subirait aucune injustice s'il était contraint à tenter son recours en Israël. Je suis toutefois d'accord avec la juge Côté pour dire que toute injustice envers Goldhar cède le pas aux soucis d'équité liés à la faculté d'Haaretz de contraindre ses témoins à témoigner si le recours est instruit en Ontario (par. 79).

[102] Dans le même ordre d'idées, je ne saurais convenir que l'engagement de Goldhar de restreindre son recours à sa réputation au Canada et de ne pas tenter d'action dans un autre ressort « ne devrait pas permettre de limiter la portée de ses actes de procédure » (motifs de la juge Côté, par. 23). Les parties peuvent restreindre — et restreignent — la portée de leurs réclamations durant l'instance.

[103] In my view, however, the overall conclusion reached by Côté J. in her *forum non conveniens* analysis does not turn on any of the above elements. Like her, I would allow the appeal.

The following are the reasons delivered by

[104] ABELLA J. — Like Justice Côté, I would allow the appeal, but for somewhat different reasons.

[105] Haaretz argued that this case demonstrates why the standard approach to choice of law — as well as to jurisdiction — does not adequately respond to the unique issues and challenges raised by Internet defamation. It has, as a result, urged us to modify the test for choice of law and jurisdiction. In particular, it has invited the Court to take up LeBel J.’s invitation in *Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.*, [2012] 1 S.C.R. 636, that this Court modify the choice of law framework by replacing *lex loci delicti* with a test based on the place where the most substantial harm to the plaintiff’s reputation occurred. Since the very framework and almost all subsequent modifications have come from the courts, it is appropriate to respond positively to the invitation.

[106] The basis for choice of law in Canada is *lex loci delicti*, that is, where the tort occurred. The tort of defamation occurs when the alleged defamation is “published”. Publication occurs when material is read or downloaded by a third party. In the case of Internet defamation, therefore, a single download can determine which law applies. When combined with the standard framework for jurisdiction, which is also based on where the alleged defamation is published, this gives a plaintiff in Ontario an almost automatic entitlement to having an Ontario court assume jurisdiction over, and apply Ontario law to, an Internet defamation claim, regardless of the strength of the connection to Ontario.

[103] J’estime toutefois que la conclusion générale à laquelle parvient la juge Côté dans son analyse du *forum non conveniens* ne repose sur aucun des éléments qui précèdent. Tout comme elle, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

[104] LA JUGE ABELLA — Tout comme la juge Côté, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, mais pour des motifs quelque peu différents.

[105] Haaretz a fait valoir que la présente affaire démontre pourquoi l’approche standard quant au choix du droit applicable — de même qu’à la compétence — ne répond pas de manière adéquate aux enjeux et défis particuliers que présente la diffamation sur Internet. Il nous a par conséquent exhortés à modifier le critère relatif au choix du droit applicable et de la compétence. Plus particulièrement, il a invité la Cour à accepter l’invitation du juge LeBel dans l’arrêt *Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.*, [2012] 1 R.C.S. 636, soit que la Cour modifie le cadre relatif au choix du droit applicable en remplaçant la règle de la *lex loci delicti* par un critère fondé sur le lieu où s’est produite l’atteinte la plus substantielle à la réputation du demandeur. Puisque le cadre lui-même et presque toutes les modifications qui lui ont été apportées par la suite sont d’origine judiciaire, il convient de répondre par l’affirmative à l’invitation.

[106] La règle sur laquelle repose le choix du droit applicable au Canada est la *lex loci delicti*, c’est-à-dire le lieu où le délit a été commis. Le délit de diffamation survient quand le propos diffamatoire reproché est « diffusé ». La diffusion se produit à la lecture ou au téléchargement du texte par un tiers. Par conséquent, dans le cas de la diffamation sur Internet, un seul téléchargement peut déterminer quel droit s’applique. En ajoutant le cadre standard relatif à la compétence, lequel repose également sur le lieu où est diffusé le propos diffamatoire reproché, cela donne à un demandeur en Ontario un droit presque automatique à ce qu’un tribunal ontarien exerce sa compétence à l’égard d’une action en diffamation sur Internet et qu’il applique le droit de l’Ontario, sans égard à la solidité du lien avec cette province.

[107] It seems to me that a more realistic approach would be one that narrows the range of potentially applicable law in a rational way (J.-G. Castel, “Multistate Defamation: Should the Place of Publication Rule be Abandoned for Jurisdiction and Choice of Law Purposes?” (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 153, at p. 168).

[108] It is true that an Ontario court could always decline jurisdiction on the basis of *forum non conveniens* if the defendant is able to demonstrate that an alternative forum is “clearly more appropriate”. But whether another forum is clearly more appropriate depends, in part, on the law to be applied. And the law to be applied is, at the moment, governed by the choice of law rule for torts, namely, where the tort occurred.

[109] I agree that the standard framework for choice of law should be modified in a way that incorporates “most substantial harm to reputation”. This new approach would displace the law of the place of publication of the defamation with the law of the place with the most significant connection to the tort. In the case of Internet defamation, that will be the place where the plaintiff suffered the greatest harm to his or her reputation.

[110] A strict adoption of the *lex loci delicti* rule that makes each “publication” its own cause of action, contradicts La Forest J.’s acknowledgment in *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, that the overarching principle is that the applicable law is the one most closely connected to the wrong. La Forest J.’s focus, however, on “order and fairness” (p. 1058) emphasized order and, notably, predated the global reach of the Internet. The rigidity of that approach is hard to justify in circumstances where the applicable law could be the law of any country in which damage is suffered because the information is downloaded there (B. Kain, E. C. Marques and B. Shaw, “Developments in Private International Law: The 2011-2012 Term — The Unfinished Project of the *Van Breda* Trilogy” (2012), 59 *S.C.L.R.* (2d) 277, at p. 301).

[107] Il me semble qu’une approche plus réaliste consisterait à réduire l’éventail des régimes de droit potentiellement applicables, et ce, de façon rationnelle (J.-G. Castel, « Multistate Defamation : Should the Place of Publication Rule be Abandoned for Jurisdiction and Choice of Law Purposes? » (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 153, p. 168).

[108] Certes, un tribunal ontarien pourrait toujours décliner compétence pour cause de *forum non conveniens* si le défendeur est en mesure de démontrer qu’un autre ressort serait « nettement plus approprié ». Cependant, la réponse à la question de savoir si un autre ressort est nettement plus approprié dépend en partie du droit applicable. Et celui-ci est actuellement régi par la règle du choix du droit applicable aux délits, à savoir le lieu où a été commis le délit.

[109] Je conviens que le cadre standard pour le choix du droit applicable devrait être modifié de manière à incorporer « l’atteinte la plus substantielle à la réputation ». Cette nouvelle approche remplacerait le droit du lieu de diffusion des propos diffamatoires par celui de l’endroit ayant le lien le plus substantiel avec le délit. Dans le cas de la diffamation sur Internet, il s’agit du lieu où le demandeur a subi l’atteinte la plus grave à sa réputation.

[110] Une adoption stricte de la règle de la *lex loci delicti* qui fait de chaque « diffusion » sa propre cause d’action contredit la reconnaissance du juge La Forest dans l’arrêt *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, selon laquelle le principe fondamental veut que le droit applicable soit celui ayant le lien le plus étroit avec la faute. Toutefois, l’accent mis par le juge La Forest sur « l’ordre et l’équité » (p. 1058) faisait ressortir l’ordre et, il convient de le noter, précédait la portée mondiale d’Internet. La rigidité de cette approche est difficile à justifier dans des circonstances où le droit applicable pourrait être celui de tout pays dans lequel des dommages ont été causés, du fait que l’information y a été téléchargée (B. Kain, E. C. Marques et B. Shaw, « Developments in Private International Law : The 2011-2012 Term — The Unfinished Project of the *Van Breda* Trilogy » (2012), 59 *S.C.L.R.* (2d) 277, p. 301).

[111] It is worth remembering that even before *Banro*, this Court considered the possibility of establishing an exception to the general rule of *lex loci delicti* in the choice of law analysis. In *Tolofson* itself, La Forest J. acknowledged that the Court could establish exceptions involving acts that occurred in one place with the consequences being directly felt elsewhere, as well as situations where the wrong directly emerged from a transnational or interprovincial activity (p. 1050).

[112] Multijurisdictional Internet defamation fits squarely within this discussion.

[113] And adopting “most substantial harm” for choice of law would ensure that the choice of law rule reflects what is at the core of the tort of defamation — protection of reputation (J.-G. Castel (1990), at p. 160; see also C. Martin, “*Tolofson* and Flames in Cyberspace: The Changing Landscape of Multistate Defamation” (1997), 31 *U.B.C. L. Rev.* 127, at p. 158). The practical implication of this approach is that the applicable law is restricted “to one, rather than potentially dozens [of laws] under a rule focusing on wherever the effects of the tort are felt” (Martin, at p. 158).

[114] In *Banro*, LeBel J. conceptualized the “most substantial harm” test according to the factors endorsed by the Australian Law Reform Commission in its 1979 *Unfair Publication: Defamation and Privacy* report (and codified in s. 11(3) of Australia’s *Defamation Act 2005* (N.S.W.)). These factors include:

- (a) the place at the time of publication where the plaintiff was ordinarily resident or, in the case of a corporation, the place where the corporation had its principal place of business at that time;
- (b) the extent of publication in each relevant jurisdiction;
- (c) the extent of harm sustained by the plaintiff in each relevant jurisdiction; and

[111] Il vaut la peine de se rappeler que, même avant l’arrêt *Banro*, la Cour a envisagé la possibilité d’établir une exception à la règle générale de la *lex loci delicti* dans l’analyse relative au choix du droit applicable. Dans l’arrêt *Tolofson* même, le juge La Forest a reconnu que la Cour pouvait établir des exceptions concernant les actes qui ont été accomplis à un endroit, mais dont les conséquences se sont fait sentir directement ailleurs, de même que dans des situations où la faute ressortait directement d’une activité transnationale ou interprovinciale (p. 1050).

[112] La diffamation sur Internet touchant plusieurs ressorts relève carrément de cette analyse.

[113] Et le fait d’adopter le critère de « l’atteinte la plus substantielle » pour choisir le droit applicable garantirait que la règle régissant ce choix traduit ce qui est au cœur du délit de diffamation — la protection de la réputation (J.-G. Castel (1990), p. 160; voir également C. Martin, « *Tolofson* and Flames in Cyberspace : The Changing Landscape of Multistate Defamation » (1997), 31 *U.B.C. L. Rev.* 127, p. 158). La conséquence pratique de cette approche est que le droit applicable est limité [TRADUCTION] « à un régime de droit, plutôt qu’à des dizaines peut-être, au titre d’une règle mettant l’accent sur n’importe quel endroit où les effets du délit se font sentir » (Martin, p. 158).

[114] Dans l’arrêt *Banro*, le juge LeBel a conceptualisé le critère de « l’atteinte la plus substantielle » en conformité avec les facteurs auxquels a adhéré la Commission de réforme du droit de l’Australie dans son rapport de 1979 intitulé *Unfair Publication : Defamation and Privacy* (lesquels ont été codifiés au par. 11(3) de la *Defamation Act 2005* de l’Australie (N.S.W.)). Ces facteurs comprennent :

[TRADUCTION]

- a) le lieu de résidence habituelle du demandeur au moment de la diffusion ou, s’agissant d’une société, le lieu où se trouvait le principal établissement de la société à ce moment-là;
- b) la portée de la diffusion dans chaque ressort concerné;
- c) la gravité du préjudice causé au demandeur dans chaque ressort pertinent;

(d) any other matter that the court considers relevant.¹

[115] These Australian factors are helpful in outlining the kinds of considerations that can assist a court in determining the applicable law in cases of multi-jurisdiction defamation. I stress that they are only illustrative, and do not serve as a formulaic template.

[116] I also think the “centre of gravity” approach set out in the Opinion of the Advocate General Pedro Cruz Villalón of the European Court of Justice is helpful in Internet defamation cases.² Although the approach is applied in determining jurisdiction, its nuanced framework is useful in assessing where the harm occurred. The Advocate General articulated his approach in two joined references from France and Germany dealing with the interpretation of Article 5(3) of *Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, [2001] O.J. L. 12/1, which governs jurisdiction in civil matters in the European Community.³ The conclusion was that a court may assume jurisdiction when it is the “centre of gravity of the dispute”. This will arise when two elements coincide. The first element concerns the individual’s reputation. The court will determine where the plaintiff has his or her “centre of interests”, that is, the state where “the victim is known [and] essentially carries out his life plan” (Opinion, at para. 59). The second element concerns the nature of the information published. The court will identify the state where the information is “objectively relevant”. This focuses on the place where the information is of greatest interest to readers. This is likely to be the place where it inflicts the most damage (Opinion, at paras. 60-61).

[117] Looking at both the Australian and European approaches, I think they address the harms of Internet

¹ See also J.-G. Castel (1990), at p. 173.

² *Opinion of Advocate General Cruz Villalón*, C-509/09, C-161/10, [2011] E.C.R. I-10272.

³ *eDate Advertising GmbH v. X*, C-509/09, C-161/10, [2011] E.C.R. I-10302.

d) toute autre question jugée pertinente par le tribunal¹.

[115] Ces facteurs australiens sont utiles pour souligner le genre de considérations pouvant aider un tribunal à décider du droit applicable dans les affaires de diffamation touchant plusieurs ressorts. J’insiste sur le fait qu’ils sont uniquement illustratifs et ne font pas office de formule immuable.

[116] J’estime aussi que l’approche axée sur le « centre de gravité » qu’a exposée dans ses conclusions l’avocat général Pedro Cruz Villalón, de la Cour de justice de l’Union européenne, est utile dans les affaires de diffamation sur Internet². Bien que cette approche soit employée pour décider de la compétence, son cadre nuancé est utile pour déterminer l’endroit où l’atteinte s’est produite. L’avocat général a précisé son approche dans deux renvois joints de la France et de l’Allemagne qui traitent de l’interprétation de l’article 5, point 3, du *Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale*, [2001] J.O. L. 12/1, lequel régit la compétence en matière civile dans la Communauté européenne³. La conclusion est qu’une cour peut se déclarer compétente lorsqu’elle est le « centre de gravité du conflit », et il faut pour cela que deux éléments coïncident. Le premier concerne la réputation de la personne. La cour déterminera où se situe, pour le demandeur, le « centre de ses intérêts », c’est-à-dire l’État dans lequel « la victime [est] connue [. . .] [et] mène essentiellement son projet de vie » (conclusions, par. 59). Le second élément a trait à la nature de l’information diffusée. La cour identifiera l’État où l’information est « objectivement pertinente ». L’accent est mis sur le lieu où l’information intéresse au premier chef les lecteurs. Ce lieu est probablement celui où il est causé le plus de dommages (conclusions, par. 60-61).

[117] Si on examine les deux approches, australienne et européenne, elles abordent, à mon avis, les

¹ Voir également J.-G. Castel (1990), p. 173.

² *Conclusions de l’avocat général Cruz Villalón*, C-509/09, C-161/10, [2011] E.C.R. I-10272.

³ *eDate Advertising GmbH c. X*, C-509/09, C-161/10, [2011] E.C.R. I-10302.

defamation more realistically than our current approach to choice of law — or jurisdiction — according to which a single download is sufficient to establish the applicable law. It seems to me to be inherently *unreasonable* for an action to be heard where, relatively speaking, the harm to reputation was minor when the substantially greater harm to reputation occurred elsewhere. Applying the law where the most substantial harm occurred to the plaintiff’s reputation ensures respect for the purpose of defamation laws — freedom from reputational harm — as well as the reasonable expectations of parties — where did the publisher of the material expect any dispute to be resolved.

[118] Modifying the choice of law analysis to incorporate the “most substantial harm” test would not only render the extent of the harm to reputation relevant, it would also ensure that the reasonable expectations of the publisher of the statement alleged to be defamatory as to where it could expect to be sued are properly considered. It seems to me to be beyond the reasonable expectations of a publisher to answer to the laws of all of the states in which the plaintiff enjoys some reputation. A focus on where the most substantial harm occurred would address the potential unfairness of being held liable under the law of the *plaintiff’s* chosen forum when the publisher complied with the law of a different forum (J.-G. Castel, “The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law” (2007), 52 *McGill L.J.* 555, at p. 559, citing American Law Institute, *Restatement of the Law, Second: Conflict of Laws* (1971), at §6(g)).

[119] Adopting the place of most substantial harm to the plaintiff’s reputation when deciding the applicable choice of law would also arguably strike a better balance between freedom of expression and harm to reputation concerns. If choice of law rules are designed primarily to reflect the most characteristic element of the tort of defamation, namely the protection of reputation, then choice of law rules

effets préjudiciables de la diffamation sur Internet de manière plus réaliste que ne le fait notre approche actuelle à l’égard du choix du droit applicable — ou de la compétence — selon laquelle un seul téléchargement suffit à établir le droit applicable. Il me semble intrinsèquement *déraisonnable* qu’une action soit instruite où, relativement parlant, l’atteinte à la réputation a été mineure alors que l’atteinte de gravité plus substantielle à la réputation s’est produite ailleurs. Appliquer le droit du lieu où s’est produite l’atteinte la plus substantielle à la réputation du demandeur assure le respect de l’objet des lois sur la diffamation — la protection contre le tort à la réputation — de même que les attentes raisonnables des parties — à l’endroit où le diffuseur du texte s’attend à ce que tout litige soit réglé.

[118] Modifier l’analyse relative au choix du droit applicable en y incorporant le critère de « l’atteinte la plus substantielle » non seulement rendrait pertinente l’ampleur de l’atteinte à la réputation, mais ferait également en sorte que soient dûment prises en compte les attentes raisonnables du diffuseur du propos présenté comme étant diffamatoire quant au lieu où il pourrait supposer être poursuivi. Il me semble que le fait d’être assujéti aux lois de l’ensemble des États dans lesquels le demandeur jouit d’une certaine réputation déborde des attentes raisonnables d’un diffuseur. Si l’accent était mis sur le lieu où s’est produite l’atteinte la plus substantielle, cela résoudrait la question des possibles effets injustes du fait d’être tenu responsable au regard du droit du ressort choisi par le *demandeur*, alors que le diffuseur s’est conformé à la loi d’un autre ressort (J.-G. Castel, « The Uncertainty Factor in Canadian Private International Law » (2007), 52 *R.D. McGill* 555, p. 559, citant l’ouvrage de l’American Law Institute, *Restatement of the Law, Second: Conflict of Laws* (1971), §6(g)).

[119] On peut soutenir qu’adopter le lieu de l’atteinte la plus substantielle à la réputation du demandeur pour décider du droit applicable établit un meilleur équilibre entre les préoccupations liées à la liberté d’expression et celles concernant l’atteinte à la réputation. Si les règles relatives au choix du droit applicable sont conçues avant tout pour refléter l’élément le plus caractéristique du délit de

should “focus squarely on the law of the place where the reputation of the plaintiff has been most injured” (M. Castel, “Jurisdiction and Choice of Law Issues in Multistate Defamation on the Internet” (2013), 51 *Alta L. Rev.* 153, at p. 160). While material posted on the Internet may harm an individual’s reputation in many places, there will only be one place where that harm hurts the most (M. Castel, at p. 161).

[120] Similar issues arise in connection with jurisdiction. It seems apparent to me, as it was to Haaretz, that there are symmetrical concerns between how the choice of law analysis proceeds and how jurisdiction is determined in cases of Internet defamation. In my view, while not strictly necessary to decide in this case, going forward it is worth considering whether the same approach should be applied to determining jurisdiction as the one I propose for choice of law.

[121] Jurisdiction is concerned with which court will hear the action. The purpose of the jurisdiction inquiry is to identify where the “real and substantial connection” between the subject matter of the litigation and the forum is *strong enough* such that the parties could reasonably have expected to sue or be sued there (*Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, [2012] 1 S.C.R. 572, at para. 97).

[122] The first step in the standard framework for determining jurisdiction is to determine whether there is a “real and substantial connection” between the claim and Ontario, that is, whether the strength of the connection is sufficiently strong for a court to exercise authority over the claim. This is based on whether one of the four presumptive, rebuttable connecting factors set out in *Van Breda* is present.⁴

⁴ The factors are: “. . . (a) the defendant is domiciled or resident in the province; (b) the defendant carries on business in the province (c) the tort was committed in the province; and (d) a contract connected with the dispute was made in the province” (*Van Breda*, at para. 90).

diffamation, à savoir la protection de la réputation, ces règles devraient alors [TRADUCTION] « mettre carrément l’accent sur le droit du lieu où la réputation du demandeur a été le plus gravement atteinte » (M. Castel, « Jurisdiction and Choice of Law Issues in Multistate Defamation on the Internet » (2013), 51 *Alta L. Rev.* 153, p. 160). Bien que le texte affiché sur Internet puisse porter atteinte à la réputation d’une personne à de nombreux endroits, il n’y a qu’un seul lieu où les dommages causés par cette atteinte sont les plus graves (M. Castel, p. 161).

[120] Des questions similaires sont soulevées en lien avec la compétence. Il me paraît évident, comme c’était le cas pour Haaretz, qu’il existe des préoccupations symétriques entre la manière dont l’analyse relative au choix du droit applicable est menée et celle consistant à déterminer la compétence dans les affaires de diffamation sur Internet. À mon avis, bien qu’il ne soit pas strictement nécessaire de décider en l’espèce, si l’on poursuit, il vaut la peine d’examiner la question de savoir s’il y a lieu d’utiliser la même méthode pour établir la compétence que celle que je propose pour choisir le droit applicable.

[121] La notion de compétence vise à déterminer quel tribunal connaîtra de l’action. L’objet de l’analyse relative à la compétence est d’établir où le « lien réel et substantiel » entre l’objet du litige et le tribunal est *assez étroit*, de sorte que les parties auraient raisonnablement pu s’attendre à poursuivre ou être poursuivies devant ce tribunal (*Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, [2012] 1 R.C.S. 572, par. 97).

[122] La première étape du cadre standard servant à déterminer la compétence consiste à établir s’il existe un « lien réel et substantiel » entre le recours et l’Ontario, c’est-à-dire si le lien est suffisamment solide pour qu’un tribunal exerce sa compétence à l’égard du recours. Cette démarche repose sur la question de savoir s’il y a présence de l’un des quatre facteurs de rattachement, énoncés dans *Van Breda*, qui créent une présomption réfutable⁴.

⁴ Ces facteurs sont : « a) le défendeur a son domicile dans la province ou y réside; b) le défendeur exploite une entreprise dans la province; c) le délit a été commis dans la province; d) un contrat lié au litige a été conclu dans la province » (*Van Breda*, par. 90).

[123] The rationale LeBel J. offered for adopting the four presumptive connecting factors was to protect the reasonable expectations of the parties, namely, where the defendant would reasonably have expected to defend an action. As he indicated, ensuring fairness and protecting reasonable expectations means looking at the *substance* of the connections, a concern he acknowledged in *Beals v. Saldanha*, [2003] 3 S.C.R. 416:

The test should ensure that, considering the totality of the connections between the forum and all aspects of the action, it is *not unfair to expect the defendant to litigate in that forum*. . . . There are situations where, given the other connections between the forum and the proceeding, it is a *reasonable place for the action to be heard and the defendant can fairly be expected to go there* even though he personally has no link at all to that jurisdiction. [Emphasis added; para. 182.]

[124] The inquiry is focused on the “reasonable expectations of the parties”, not of a “reasonable person”. As Joost Blom and Elizabeth Edinger explain:

What distinguishes the “real and substantial connection” test for jurisdiction from a concept like negligence or foreseeability is that it lacks . . . a clear psychological standpoint. Asking what a reasonable person would do in these circumstances, or what a reasonable person could foresee, requires the judge to put her or himself in the position of the mythical, but understandable, reasonable person and assess the facts from that point of view. The “real and substantial connection” test, however, requires the judge to adopt the view, not of a hypothetical person viewing the facts, but of an administrator whose mandate is to balance fairly the interests of the parties and legal systems involved.

(“The Chimera of the Real and Substantial Connection Test” (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 373, at p. 416)

[125] The “reasonable contemplation of the parties” was set out by Dickson J. as the basis for the operative test, namely whether it was “inherently reasonable” for the action to be brought in a particular jurisdiction (*Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393, at pp. 408-9). This turned into

[123] La logique exposée par le juge LeBel pour l’adoption des quatre facteurs de rattachement créant une présomption était la protection des attentes raisonnables des parties, à savoir le lieu où le défendeur se serait raisonnablement attendu à devoir se défendre contre une action. Comme il l’a mentionné, assurer l’équité et protéger les attentes raisonnables signifient qu’il faut se pencher sur la *substance* des liens, une préoccupation qu’il a reconnue dans l’arrêt *Beals c. Saldanha*, [2003] 3 R.C.S. 416 :

Ce critère devrait contribuer à assurer que, compte tenu de l’ensemble des liens entre le ressort et tous les aspects de l’action, il *n’est pas déraisonnable de s’attendre à ce que le défendeur y plaide*. [. . .] En effet, il arrive qu’en raison de ses autres liens avec l’instance, le ressort soit un *endroit raisonnable pour instruire l’action et que l’on puisse alors raisonnablement s’attendre à ce que le défendeur s’y rende* même si, personnellement, il n’a absolument aucun lien avec ce ressort. [Je souligne; par. 182.]

[124] L’analyse s’attache aux « attentes raisonnables des parties », et non à celles d’une « personne raisonnable ». Comme l’expliquent Joost Blom et Elizabeth Edinger :

[TRADUCTION] Ce qui distingue le critère du « lien réel et substantiel » pour la compétence d’un concept comme la négligence ou la prévisibilité, c’est qu’il manque [. . .] une perspective psychologique claire. Se demander ce qu’une personne raisonnable ferait dans les circonstances, ou ce qu’une personne raisonnable pourrait prévoir, exige de la part du juge qu’il se place dans la situation fictive, mais compréhensible, d’une personne raisonnable et qu’il apprécie les faits de ce point de vue. Le critère du « lien réel et substantiel », toutefois, exige que le juge adopte la façon de voir, non pas d’une personne hypothétique examinant les faits, mais d’un administrateur dont le mandat consiste à sopeser équitablement les intérêts des parties et les systèmes juridiques concernés.

(« The Chimera of the Real and Substantial Connection Test » (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 373, p. 416)

[125] L’expression « raisonnablement envisagée par les parties » a été énoncée par le juge Dickson comme fondement du critère applicable, à savoir s’il était « intrinsèquement raisonnable » que l’action soit intentée dans un ressort en particulier (*Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393,

La Forest J.'s "real and substantial connection" test in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at p. 1108, which then morphed into the four presumptive, rebuttable factors in *Van Breda*. And even as this evolution took place, the basic principle never changed: Was it "inherently reasonable" for the action to proceed in that forum, that is, was it the forum the defendant/publisher ought reasonably to have had in its contemplation when it published the article that caused the injury/harm?

[126] The operative presumptive connecting factor in this case is that the tort was committed in Ontario. The tort of defamation is deemed to have occurred where the allegedly defamatory material was published. And, the standard test for publication is where the allegedly defamatory content is "read or downloaded by someone other than the plaintiff or the publisher" (*Banro*, at para. 57). When defamation occurs on the Internet, where all it takes is one download, the tort is theoretically committed all over the world. As one academic commentator noted:

The problem with internet related torts and the determination of the place of commitment is the variety of available connecting factors: There are . . . the place where the information was generated, where it was uploaded, where it was downloaded, where the information was read or where the server hosting the information is located.

(S. Schmitz, "From Where are They Casting Stones? — Determining Jurisdiction in Online Defamation Claims" (2012), 6 *Masaryk U. J.L. & Tech.* 159, at p. 163)

[127] How then does one rebut the presumption when the tort is theoretically committed everywhere? How does a defendant show that the connection between the tort and Ontario is insufficient when all it takes to create the connection is one download in Ontario? And, if all it takes to create the connection is one download in Ontario, what does it take to

p. 408-409). Ce critère est devenu celui du « lien réel et substantiel » formulé par le juge La Forest dans l'arrêt *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, p. 1108, lequel critère s'est ensuite métamorphosé en les quatre facteurs de rattachement créant une présomption réfutable dans *Van Breda*. Et alors même qu'avait lieu cette évolution, le principe de base n'a jamais changé : Était-il « intrinsèquement raisonnable » que l'action suive son cours devant ce tribunal, autrement dit, était-ce le tribunal que le défendeur/le diffuseur aurait dû raisonnablement envisager lorsqu'il a publié l'article qui a causé le préjudice ou le tort?

[126] Le facteur de rattachement créant une présomption qui s'applique en l'espèce est celui selon lequel le délit a été commis en Ontario. Le délit de diffamation est considéré s'être produit là où le texte censément diffamatoire a été publié. Et le critère standard pour la publication est le lieu où il y a « lecture ou [. . .] téléchargement des documents censément diffamatoires par une personne autre que le demandeur ou [le diffuseur] » (*Banro*, par. 57). Lorsque la diffamation survient sur Internet, où ça ne prend qu'un téléchargement, le délit est, en théorie, commis dans le monde entier. Comme l'a fait remarquer un auteur de doctrine :

[TRADUCTION] Le problème posé par les délits liés à Internet et la détermination du lieu où ils ont été commis, c'est la panoplie des facteurs de rattachement possibles : il y a [. . .] le lieu où l'information a été produite, celui de son téléversement, celui du téléchargement, celui de la lecture de l'information ou celui où se trouve le serveur l'hébergeant.

(S. Schmitz, « From Where are They Casting Stones? — Determining Jurisdiction in Online Defamation Claims » (2012), 6 *Masaryk U. J.L. & Tech.* 159, p. 163)

[127] Comment peut-on alors réfuter la présomption lorsque le délit est théoriquement commis partout? Comment un défendeur démontre-t-il que le lien entre le délit et l'Ontario est insuffisant lorsque tout ce qu'il faut pour créer le lien, c'est un téléchargement en Ontario? Et, si tout ce qu'il faut pour créer le lien, c'est un téléchargement en Ontario, qu'est-ce

rebut the presumption? The challenge raised by these questions is that the current approach seems to make the assumption of jurisdiction in Ontario *automatic* based on a single download.

[128] LeBel J. did not comment in *Van Breda* on what circumstances would *rebut* the presumption of jurisdiction. Instead, he merely noted that it remained open to the defendant to “establish facts” pointing to either no “real relationship” or a “weak relationship”, between the forum and the subject matter of the litigation, including the fact that only a “minor element” of the tort was committed in the jurisdiction (paras. 95-96).

[129] Since the “essence” of the harm in defamation is damage to reputation,⁵ this leads me to conclude that the framework for determining jurisdiction should focus on where the plaintiff suffered the most substantial harm to his or her reputation. Such an approach, in my view, leaves room for concluding that the presumption *can* be rebutted if the defendant can show that the most harm to the plaintiff’s reputation occurred elsewhere. The inquiry into the most significant connection logically zeroes in on the severity of the harm to that reputation.

[130] This new approach also means that the choice of what test to apply for “real and substantial connection” no longer comes down to a choice between the *attribution* of a real and substantial connection wherever a defamatory act occurs, versus the fairness of ensuring that the dispute is resolved where there is in fact a real and substantial connection.

[131] Adopting the “most substantial harm” test for determining the choice of law under the *forum non conveniens* analysis, I am of the view that the place of most substantial harm to Mr. Goldhar’s reputation is clearly Israel, and that, as a result, Israeli law should apply.

que ça prend pour réfuter la présomption? La difficulté que présentent ces questions est que l’approche actuelle semble rendre la déclaration de compétence en Ontario *automatique*, et ce, sur la base d’un seul téléchargement.

[128] Dans l’arrêt *Van Breda*, le juge LeBel n’a formulé aucun commentaire sur le genre de circonstances qui *réfuseraient* la présomption de compétence. Il a plutôt simplement fait remarquer que le défendeur avait toujours le loisir d’« établir les faits » ne révélant aucun « rapport réel », ou ne révélant qu’un « rapport ténu », entre le tribunal et l’objet du litige, y compris le fait que seul un « élément [. . .] mineur » du délit avait été commis dans le ressort (par. 95-96).

[129] Puisque l’« essence » du préjudice en matière de diffamation est l’atteinte à la réputation⁵, cela m’amène à conclure que le cadre servant à déterminer la compétence devrait être axé sur le lieu où le demandeur a subi l’atteinte la plus substantielle à sa réputation. À mon avis, une telle approche permet de conclure à la *possibilité* de réfuter la présomption si le défendeur est en mesure de démontrer que l’atteinte la plus sérieuse à la réputation du demandeur s’est produite ailleurs. L’analyse relative au lien le plus important se concentre logiquement sur la gravité de l’atteinte à cette réputation.

[130] Cette nouvelle approche signifie également que le choix du critère à appliquer pour le « lien réel et substantiel » ne se résume plus au choix entre l’*attribution* d’un lien réel et substantiel peu importe où se produit un acte diffamatoire et, à l’opposé, l’équité consistant à s’assurer que le litige est réglé là où il y a, dans les faits, un lien réel et substantiel.

[131] Adoptant le critère de « l’atteinte la plus substantielle » pour choisir le droit applicable dans le cadre de l’analyse du *forum non conveniens*, je suis d’avis que le lieu où l’atteinte à la réputation de M. Goldhar a été la plus substantielle est clairement Israël et que, par conséquent, le droit israélien devrait s’appliquer.

⁵ J.-G. Castel (1990), at p. 164, citing A. M. Linden, *Canadian Tort Law* (4th ed. 1988), at p. 627-29.

⁵ J.-G. Castel (1990), p. 164, citant A. M. Linden, *Canadian Tort Law* (4^e éd. 1988), p. 627-629.

[132] In his amended statement of claim, Mr. Goldhar refers to six statements as defamatory:

(a) To get a car, Mr. Angelides had to go to a team sponsor, behind Mr. Goldhar's back.

...

(b) "Goldhar boasts to his business contacts in Toronto that he is not only the owner of Maccabi Tel Aviv but also its soccer director."

...

(c) "He rented a dingy apartment for himself and drives nothing more than a Hyundai Getz."

...

(d) "[Goldhar] cut out a cartoon of him that appeared in one paper [in the Greek press], asking all his employees whether it was flattering."

...

(e) "Goldhar plays soccer at least once a week in Toronto with Ilan Sa'adi, a former professional player and close friend."

...

(f) "Goldhar does not have a long term plan for the team."

(A.R., vol. II, p. 5)

Of these, five focus on events and circumstances that concern Mr. Goldhar's conduct and reputation in Israel, not Canada.

[132] Dans sa déclaration modifiée, M. Goldhar qualifie six énoncés de diffamatoires :

[TRANSDUCTION]

a) Pour obtenir une voiture, M. Angelides a dû s'adresser à un commanditaire de l'équipe, à l'insu de M. Goldhar.

...

b) « M. Goldhar se vante auprès de ses relations d'affaires à Toronto du fait qu'il est non seulement le propriétaire du Maccabi Tel Aviv, mais aussi son directeur des opérations soccer. »

...

c) « Il a loué pour lui-même un appartement mitieux et il ne conduit rien de plus qu'une Hyundai Getz. »

...

d) « [M. Goldhar] a découpé une caricature de lui-même parue dans un journal [de la presse grecque], et il a demandé à tous ses employés si elle était flatteuse. »

...

e) « M. Goldhar joue au soccer au moins une fois par semaine à Toronto avec Ilan Sa'adi, un ancien joueur professionnel et un ami proche. »

...

f) « M. Goldhar n'a pas de plan à long terme pour l'équipe. »

(d.a., vol. II, p. 5)

De ces énoncés, cinq portent principalement sur des faits et des circonstances qui ont trait à la conduite et à la réputation de M. Goldhar en Israël, et non pas au Canada.

[133] The article⁶ is essentially about Mr. Goldhar and his conduct in Israel. It was about an Israeli soccer team owned by Mr. Goldhar, his involvement in his own team’s management and his relationship with his players, coaches and trainers *in Israel*. It was researched, written and edited *in Israel*, addressed to an Israeli audience, and focused on someone who is a public figure there. Any information written about the team and Mr. Goldhar would have a far greater impact on his reputation in Israel than in Canada.

[134] Although Mr. Goldhar spends most of his time in Canada, he maintains an apartment in Israel which he visits “about five or six times per year”, and his connection to Israel is significant. He is the owner of Maccabi Tel Aviv Football Club, one of, if not the most popular soccer teams in Israel. The many articles which have been written about Maccabi Tel Aviv refer to, or feature Mr. Goldhar. They also form part of the broader Israeli media landscape in which Mr. Goldhar has a very high public profile.

[135] The extent of the article’s publication in Israel clearly overshadowed the extent of the article’s publication in Ontario. The record showed that between 200 and 300 people in Canada read the article online whereas approximately 70,000 people read the article in Israel. It is obvious from these numbers too that any reputational harm to Mr. Goldhar was overwhelmingly greater in Israel.

[136] This brings me to the rest of the *forum non conveniens* analysis. On the basis that Israeli law applies, I agree with Côté J. that Haaretz has successfully demonstrated that Israel is the “clearly more appropriate” forum (*Van Breda*, at para. 108).

[137] The *forum non conveniens* analysis authorizes courts to “go beyond a strict application of the test governing the recognition and assumption of jurisdiction” (*Van Breda*, at para. 104). This not only

[133] L’article⁶ traite essentiellement de M. Goldhar et de sa conduite en Israël. Il porte sur une équipe de soccer israélienne appartenant à M. Goldhar, son implication dans la gestion de sa propre équipe et ses relations avec ses joueurs et entraîneurs *en Israël*. Les recherches, la rédaction et la révision de l’article ont été faites *en Israël*, celui-ci s’adressait à un public israélien, et il portait sur quelqu’un qui est une personnalité connue là-bas. Toute information écrite au sujet de l’équipe et de M. Goldhar aurait sur la réputation de ce dernier un impact qui serait beaucoup plus grand en Israël qu’au Canada.

[134] Bien que M. Goldhar passe le plus clair de son temps au Canada, il conserve un appartement en Israël, qu’il visite [TRADUCTION] « environ cinq à six fois par année », et son lien avec ce pays est important. Il est le propriétaire du club de soccer Maccabi Tel Aviv, l’une des équipes de soccer les plus populaires en Israël, sinon la plus populaire. Les nombreux articles qui ont été écrits au sujet du Maccabi Tel Aviv parlent de M. Goldhar ou le mettent en évidence. Ils font aussi partie du paysage médiatique global en Israël, dans lequel M. Goldhar jouit d’une très grande notoriété.

[135] L’ampleur de la diffusion de l’article en Israël a clairement éclipsé celle de sa diffusion en Ontario. Le dossier révélait qu’entre 200 et 300 personnes au Canada avaient lu l’article en ligne, alors qu’environ 70 000 personnes l’avaient lu en Israël. Il ressort par ailleurs manifestement de ces chiffres que le tort causé, le cas échéant, à la réputation de M. Goldhar a été beaucoup plus grand en Israël.

[136] J’en arrive donc au reste de l’analyse relative au *forum non conveniens*. Comme le droit israélien s’applique, je conviens avec la juge Côté qu’Haaretz a réussi à démontrer qu’Israël est le ressort « nettement plus approprié » (*Van Breda*, par. 108).

[137] L’analyse relative au *forum non conveniens* autorise les tribunaux à « passer outre à l’application stricte du critère régissant la reconnaissance et la déclaration de compétence » (*Van Breda*, par. 104).

⁶ The Haaretz article which is the subject of the defamation claim is set out in full in the Appendix.

⁶ L’article de Haaretz qui fait l’objet du recours en diffamation est reproduit en entier à l’annexe.

assures fairness to the parties; it also guarantees the efficient resolution of the dispute (*Van Breda*, at para. 104). In *Van Breda*, the Court set out several non-exhaustive factors as being relevant to determining whether *forum non conveniens* applies (para. 110). And, these factors may vary depending on the context (*Lapointe Rosenstein Marchand Melançon LLP v. Cassels Brock & Blackwell LLP*, [2016] 1 S.C.R. 851, at para. 53).

[138] I am of the view that all of the remaining factors raised before the Court — the comparative convenience/expense to the parties and witnesses, juridical advantage, fairness and enforcement — favour Israel.

[139] A libel trial in Ontario would place a significant financial strain on the newspaper and the other defendants, all of whom are based in Israel and have no assets in Canada. Given the absence of evidence regarding any inconvenience or undue expense for Mr. Goldhar, the factor of comparative convenience/expense clearly supports a trial in Israel.

[140] Similarly, considerations relating to the comparative convenience/expense to the witnesses point to the trial taking place in Israel. Mr. Goldhar filed no information before the motion judge about the witnesses he would call at trial. Haaretz, on the other hand, filed a list of 22 witnesses, 18 of whom live in Israel. As for Mr. Goldhar's undertaking to fund the travel and accommodation costs of Haaretz's foreign witnesses in accordance with the rates provided in the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, Tariff A, I think it would be tantamount to permitting parties with greater resources to tip the scales in their favour by "buying" a forum. While the individual circumstances of each party are clearly relevant to any balancing, it is their actual circumstances, and not artificially created ones, that should be weighed. I am also of the view that the absence of a jury trial in Israel has no effect on the quality of civil justice available in Israel.

Cette règle ne fait pas qu'assurer l'équité envers les parties; elle garantit également le règlement efficace du litige (*Van Breda*, par. 104). Dans l'arrêt *Van Breda*, la Cour énumère plusieurs facteurs non exhaustifs qui sont pertinents pour décider si la doctrine du *forum non conveniens* s'applique (par. 110). Et ces facteurs peuvent varier selon le contexte (*Lapointe Rosenstein Marchand Melançon S.E.N.C.R.L. c. Cassels Brock & Blackwell LLP*, [2016] 1 R.C.S. 851, par. 53).

[138] Je suis d'avis que l'ensemble des autres facteurs évoqués devant la Cour — la commodité et le coût pour les parties et les témoins, l'avantage juridique, l'équité envers les parties ainsi que l'exécution du jugement — militent en faveur d'Israël.

[139] Un procès pour libelle en Ontario imposerait un lourd fardeau financier au journal et aux autres défendeurs, qui se trouvent tous en Israël et qui ne possèdent aucun actif au Canada. Étant donné l'absence d'éléments de preuve concernant des inconvénients ou des dépenses indues que devrait assumer M. Goldhar, le facteur de la commodité et du coût pour les parties favorise clairement la tenue d'un procès en Israël.

[140] De même, les considérations relatives à la commodité et au coût pour les témoins vont dans le sens de la tenue d'un procès en Israël. M. Goldhar n'a présenté aucun renseignement au juge de première instance à propos des témoins qu'il convoquerait au procès. Haaretz, de son côté, a déposé une liste de 22 témoins, dont 18 vivent en Israël. Quant à l'engagement de M. Goldhar de financer les frais de déplacement et d'hébergement des témoins étrangers d'Haaretz selon les taux prévus au tarif A des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, j'estime que cela reviendrait à permettre aux parties disposant de plus grandes ressources de faire pencher la balance en leur faveur en « achetant » un ressort. La situation de chacune des parties est clairement pertinente dans toute pondération, mais ce qui devrait être soupesé, c'est leur situation réelle, non pas une créée artificiellement. J'estime également que l'absence de procès devant jury en Israël n'a aucune incidence sur la qualité de la justice civile rendue dans ce pays.

[141] Turning to the factor of fairness, a singular focus on Ontario as being the place where Mr. Goldhar lives and works overlooks the reality that he owns a prominent business *in Israel* that attracts significant public attention *in Israel* and brings him *to Israel* several times per year. Regardless of where he spends most of his time, he still spends much of it in Israel and is a known and active participant in Israeli life and society. On the other hand, a trial in Ontario would put significant financial burdens on Haaretz.

[142] It is also clear to me that enforcement concerns would favour a trial in Israel, in large part because Haaretz's lack of assets in Ontario would mean that any order made against it would have to be enforced by Israeli courts, thereby raising concerns about a multiplicity of proceedings.

[143] I therefore agree that the appeal should be allowed.

The following are the reasons delivered by

[144] WAGNER J. — Haaretz urged this Court to modify the choice of law rule for the tort of Internet defamation, from *lex loci delicti* to a test based on the place where the most substantial harm to the plaintiff's reputation occurred. For substantially the reasons given by my colleague Abella J., I agree that this Court should make such a modification to the choice of law rule in the specific context of Internet defamation. As private international law in common law Canada is almost entirely judge-made law, I see no need to wait for legislative initiative in this area or for the completion by the Law Commission of Ontario of its reform project. In *Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.*, 2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636, at paras. 58-62, LeBel J. noted that the importance of place of reputation has long been recognized in Canadian defamation law. Despite citing several commentators in favour of the idea, LeBel J. nonetheless left the question of whether to modify the choice of law rule for

[141] En ce qui concerne le facteur de l'équité, le fait de ne focaliser que sur l'Ontario car c'est le lieu où vit et travaille M. Goldhar ne tient pas compte de la réalité, à savoir qu'il possède une entreprise importante *en Israël* qui attire beaucoup d'attention de la part du public *en Israël* et qui l'amène *en Israël* plusieurs fois par année. Peu importe l'endroit où il passe le plus clair de son temps, il en passe beaucoup en Israël, et il est un participant connu et actif à la vie et à la société israéliennes. Par ailleurs, un procès en Ontario représenterait pour Haaretz un fardeau financier considérable.

[142] Il m'apparaît aussi évident que les préoccupations relatives à l'exécution militeraient en faveur d'un procès en Israël, surtout parce que l'absence d'actifs d'Haaretz en Ontario signifierait que toute ordonnance rendue contre lui devrait être exécutée par les tribunaux israéliens, ce qui suscite la crainte d'une multiplicité des procédures.

[143] Par conséquent, je conviens que le pourvoi devrait être accueilli.

Version française des motifs rendus par

[144] LE JUGE WAGNER — Haaretz a exhorté notre Cour à modifier la règle régissant le choix du droit applicable au délit de diffamation sur Internet, en remplaçant celle de la *lex loci delicti* par un critère fondé sur le lieu où s'est produite l'atteinte la plus substantielle à la réputation du demandeur. Pour essentiellement les mêmes raisons que celles données par ma collègue la juge Abella, je conviens que notre Cour devrait apporter cette modification dans le contexte précis de la diffamation sur Internet. Puisque le droit international privé dans les ressorts canadiens de common law est presque entièrement d'origine judiciaire, je ne vois pas la nécessité d'attendre que le législateur intervienne dans ce domaine ou que la Commission du droit de l'Ontario mène à bien son projet de réforme. Dans *Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.*, 2012 CSC 18, [2012] 1 R.C.S. 636, par. 58-62, le juge LeBel a souligné que le droit canadien de la diffamation reconnaît depuis longtemps l'importance de l'endroit où la

multijurisdictional defamation cases for “another day”. That day has now arrived.

[145] I agree with Abella J. that the factors which have been codified in Australia, and the “centre of gravity” approach set out in an opinion for the European Court of Justice, provide useful guidance as to how the place of most substantial harm to reputation test is to be applied in practice. It may be that in certain cases it will be challenging to identify the place of most substantial reputational harm. However, the range of possibly applicable law for a given dispute will be much narrower than with *lex loci delicti* and will be determined on a more principled basis.

[146] I further agree that adopting this new test for choice of law would have several positive effects. As discussed in more detail by my colleague Abella J., these positive effects include ensuring that the reasonable expectations of the publisher of the statement alleged to be defamatory are properly considered, striking a better balance between freedom of expression and harm to reputation concerns, and ensuring that choice of law will reflect the purpose of defamation laws. Adopting this new choice of law test will not result in a heavy evidentiary burden for the parties. The plaintiff’s reputation is already a relevant consideration during the rebuttal stage of the analysis and in relation to several factors other than choice of law during the *forum non conveniens* analysis.

[147] Academic commentators and this Court, in its past decisions, have discussed the “most substantial harm” test in the context of choice of law, not jurisdiction *simpliciter*. This is because case law from this Court has established that more than one forum may have jurisdiction over a given dispute. The inquiry at the jurisdiction *simpliciter* stage of the analysis

réputation est établie. Même s’il a cité plusieurs auteurs de doctrine favorables à l’idée, le juge LeBel a remis à « une autre occasion » la question de savoir s’il y a lieu de modifier la règle régissant le choix du droit applicable dans les affaires de diffamation touchant plusieurs ressorts. Cette occasion se présente aujourd’hui.

[145] À l’instar de la juge Abella, j’estime que les facteurs codifiés en Australie et la démarche dite du « centre de gravité » employée dans un avis adressé à la Cour de justice de l’Union européenne donnent des indications utiles quant à la manière dont il faut appliquer en pratique le critère de l’atteinte la plus substantielle à la réputation. Il peut être difficile dans certains cas de cerner le lieu de cette atteinte. Par contre, l’éventail des régimes de droit potentiellement applicables à un litige donné sera beaucoup plus restreint qu’avec la *lex loci delicti*, et établi davantage en fonction de principes.

[146] Je conviens en outre qu’adopter ce nouveau critère pour choisir le droit applicable aurait plusieurs répercussions positives. Comme l’explique plus en détail ma collègue la juge Abella, au nombre de ces répercussions positives figurent le fait de voir à ce que les attentes raisonnables du diffuseur des propos qualifiés de diffamatoires soient dûment prises en compte, l’établissement d’un meilleur équilibre entre les préoccupations liées à la liberté d’expression et celles concernant l’atteinte à la réputation, et le fait de veiller à ce que le choix du droit applicable reflète l’objet des lois sur la diffamation. L’adoption de ce nouveau critère relatif au choix du droit applicable n’imposera pas un lourd fardeau de preuve aux parties. Il faut déjà tenir compte de la réputation du demandeur au stade de l’analyse portant sur la réfutation de la présomption et à l’égard de plusieurs autres facteurs que le choix du droit applicable pendant l’analyse relative au *forum non conveniens*.

[147] La doctrine et la jurisprudence de notre Cour ont traité du critère de l’« atteinte la plus substantielle » dans le contexte du choix du droit applicable, et non dans celui de la simple reconnaissance de compétence. Il en est ainsi parce que notre Cour a établi dans sa jurisprudence que plus d’un ressort peut exercer sa compétence sur un litige. À l’étape

is simply whether there is a “real and substantial connection” between the dispute and the Canadian forum, not whether the “real and substantial connection” between the dispute and the Canadian forum is greater than that between the dispute and any other forum. I see no reason why this should be different in the context of Internet defamation. I cannot agree with an approach whereby a Canadian court would conclude that it does not have jurisdiction over a dispute with significant connections to Canada, including potentially significant reputational harm suffered in Canada, simply because greater reputational harm occurred elsewhere.

[148] The advantage of adopting the new test solely for choice of law purposes is that choice of law is just one amongst a range of factors considered during the *forum non conveniens* analysis. If the applicable law is that of another forum where more substantial reputational harm has been suffered, this will support a finding that the other forum is clearly more appropriate for litigating the dispute. However, after considering all the factors, a court may conclude that the other forum is not clearly more appropriate than the Canadian forum. In such cases, although it will retain jurisdiction, the Canadian court will nonetheless apply the law of that other forum where greater reputational harm occurred.

[149] It is entirely consistent with *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572, for Canadian courts to find the presumption of jurisdiction rebutted where there are no connections between the plaintiff and the Canadian forum beyond a small number of acts of publication. It is true that, despite the importance of the rebuttal stage, this Court recognized in *Van Breda*, at para. 109, that “jurisdiction may sometimes be established on a rather low threshold under the conflicts rules”. This is simply inherent to private international law. In my view, any concerns raised by the unique nature of Internet defamation are best addressed by changes to the choice of law rule.

de l’analyse portant sur la simple reconnaissance de compétence, on n’a qu’à se demander s’il existe un « lien réel et substantiel » entre le litige et le tribunal canadien, et non si ce « lien réel et substantiel » est plus étroit que celui unissant le litige à tout autre tribunal. Je ne vois pas pourquoi il devrait en être autrement dans le contexte de la diffamation sur Internet. Je ne peux souscrire à une approche suivant laquelle un tribunal canadien conclurait qu’il n’a pas compétence sur un litige ayant des liens étroits avec le Canada, même dans les cas où l’atteinte à la réputation qui y a été subie est significative, tout simplement parce qu’une atteinte encore plus grande à la réputation s’est produite ailleurs.

[148] L’avantage d’adopter le nouveau critère uniquement pour choisir le droit applicable est que celui-ci constitue seulement un des facteurs pris en compte durant l’analyse relative au *forum non conveniens*. Si le droit applicable est celui d’un autre ressort, où a été subie une atteinte plus substantielle à la réputation, on peut en conclure que cet autre ressort est nettement plus approprié pour instruire le litige. Or, après avoir tenu compte de tous les facteurs, le tribunal peut conclure que l’autre ressort n’est pas nettement plus approprié que le ressort canadien. En pareil cas, bien qu’elle reste compétente, la cour canadienne appliquera la loi de l’autre ressort, où s’est produite une plus grande atteinte à la réputation.

[149] Les tribunaux canadiens respectent parfaitement l’arrêt *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572, en concluant que la présomption de compétence est réfutée lorsqu’il n’y a aucun lien entre le demandeur et le tribunal canadien, à l’exception d’un faible nombre d’actes de diffusion. Il est vrai qu’en dépit de l’importance de l’étape de la réfutation, notre Cour a reconnu au par. 109 de *Van Breda* que la « compétence, établie en application des règles de droit international privé, peut parfois être fonction d’une norme peu rigoureuse ». Ce phénomène est tout simplement propre au droit international privé. À mon avis, la meilleure façon de répondre aux préoccupations soulevées par la spécificité de la diffamation sur Internet consiste à choisir différemment le droit applicable.

[150] In this case, as set out in the reasons of my colleague Abella J., when the “most substantial harm” test is applied to these facts, Israel is the “clearly more appropriate” forum. Accordingly, I would allow the appeal.

The following are the reasons delivered by

[151] THE CHIEF JUSTICE AND MOLDAVER AND GASCON JJ. (dissenting) — Distilled to its essence, this case boils down to a single question. When a Canadian citizen is allegedly defamed for his Canadian business practices — in an article published online in his home province by a foreign newspaper — is he entitled to vindicate his reputation in the courts of the province where he lives and maintains his business, and where the sting of the article’s comments is felt? The answer of the motion judge and of the majority in the Court of Appeal was yes. We agree, and would accordingly dismiss the appeal.

I. Context

[152] Mr. Goldhar is a prominent Canadian businessman who lives in Toronto. For about 20 years, he has operated a real estate business in Ontario and participated actively in the Toronto community. Since 2009, he has also owned the Israeli-based Maccabi Tel Aviv Football Club, one of Israel’s most popular professional soccer teams.

[153] In November 2011, Haaretz, an Israeli newspaper, published an article that included disparaging statements about Mr. Goldhar. The main topic of the article was the way he runs Maccabi Tel Aviv. For reasons best known to itself, in that context, Haaretz chose to publish gratuitous comments about Mr. Goldhar’s Canadian business enterprises and his management of them. The article identified Mr. Goldhar as the “Canadian owner” of the soccer club, and claimed that his “management model was imported directly from his main business interest — a partnership with Wal-Mart to operate shopping centers in Canada” (reproduced in 2016 ONCA 515, 132 O.R. (3d) 331, Appendix “A”). The article went

[150] Comme l’indiquent les motifs de ma collègue la juge Abella, lorsqu’on applique le critère de « l’atteinte la plus substantielle » aux faits de l’espèce, Israël est le ressort « nettement plus approprié ». En conséquence, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

[151] LA JUGE EN CHEF ET LES JUGES MOLDAVER ET GASCON (dissidents) — Ramenée à sa plus simple expression, la présente affaire se résume à une seule question : le citoyen canadien qui estime avoir été diffamé au sujet de ses pratiques commerciales au Canada dans un article diffusé en ligne dans sa propre province par un journal étranger a-t-il le droit de rétablir sa réputation devant les tribunaux de la province où il habite, où il exploite son entreprise et où se fait sentir l’affront de l’article? Le juge des requêtes et les juges majoritaires de la Cour d’appel ont répondu par l’affirmative. Nous sommes du même avis et nous rejeterions par conséquent le pourvoi.

I. Contexte

[152] M. Goldhar est un éminent homme d’affaires canadien qui habite à Toronto. Depuis environ 20 ans, il exploite une entreprise dans le secteur de l’immobilier en Ontario et s’implique activement dans la collectivité torontoise. Depuis 2009, il est aussi propriétaire du Maccabi Tel Aviv Football Club, l’une des équipes de soccer professionnelles les plus populaires d’Israël.

[153] En novembre 2011, Haaretz, un journal israélien, a publié un article qui renfermait des passages désobligeants à l’endroit de M. Goldhar. L’article portait principalement sur la façon dont ce dernier gère le Maccabi Tel Aviv. Pour des raisons qui lui sont propres, Haaretz a choisi, dans ce contexte, de diffuser des commentaires gratuits au sujet des entreprises canadiennes de M. Goldhar et sur sa façon de les gérer. L’article parlait de M. Goldhar comme du [TRADUCTION] « propriétaire canadien » de l’équipe de soccer et prétendait que son « modèle de gestion s’inspirait directement de son principal intérêt commercial, soit un partenariat avec Wal-Mart en vue de l’exploitation de centres commerciaux au Canada »

on to suggest that this managerial culture — allegedly imported from his Canadian businesses — was “based on overconcentration bordering on megalomania, penny-pinching and a lack of long-term planning”.

[154] This article came to the attention of 200 to 300 Canadian readers — including employees of Mr. Goldhar’s business in Ontario — through Haaretz’s English language website. In December 2011, Mr. Goldhar commenced a libel action in Ontario against Haaretz. The newspaper countered the proceedings with a motion to stay the action for lack of jurisdiction⁷ or, alternatively, to stay the proceedings on the ground of *forum non conveniens*.

II. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice, 2015 ONSC 1128, 125 O.R. (3d) 619 (Faieta J.)*

[155] The motion judge dismissed Haaretz’s motion. He determined that Ontario courts have jurisdiction, finding that the two-step test established in *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572, was met. Because 200 to 300 people in Canada had read the article, the tort of defamation was committed in Ontario, presumptively establishing the jurisdiction of the Ontario courts. This presumption was not rebutted.

[156] The motion judge further found that Haaretz had not established that Israel was a clearly more appropriate forum than Ontario, weighing the following factors: comparative convenience and expense for the parties (which favoured Israel); comparative convenience and expense for the witnesses (which slightly favoured Israel); choice of law (which favoured Ontario); loss of legitimate juridical advantage (which favoured Ontario); and fairness to the parties (which favoured Ontario).

⁷ Note that, procedurally, this should have been a motion to dismiss (see S. G. A. Pitel and N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2nd ed. 2016), at pp. 119-21).

(reproduit dans 2016 ONCA 515, 132 O.R. (3d) 331, annexe « A »). Toujours selon l’article, la culture de gestion adoptée par M. Goldhar, qu’il aurait importée de ses entreprises canadiennes, « repos[ait] sur une surconcentration frôlant la mégalomanie, la pingrerie et le manque de planification à long terme ».

[154] Entre 200 et 300 lecteurs canadiens, dont des employés de l’entreprise ontarienne de M. Goldhar, ont pris connaissance de l’article par l’entremise du site Web anglais d’Haaretz. En décembre 2011, M. Goldhar a intenté une action en diffamation en Ontario contre Haaretz. Le journal a répliqué en déposant une requête visant la suspension de l’action pour défaut de compétence⁷ ou, subsidiairement, visant la suspension de l’instance pour cause de *forum non conveniens*.

II. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario, 2015 ONSC 1128, 125 O.R. (3d) 619 (juge Faieta)*

[155] Le juge des requêtes a rejeté la requête d’Haaretz. Selon lui, les tribunaux ontariens ont compétence car il a été satisfait au test en deux volets établi dans l’arrêt *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572. Puisque de 200 à 300 personnes ont lu l’article en Ontario, le délit de diffamation a été commis en Ontario. Les tribunaux de cette province sont donc présumés compétents et cette présomption n’a pas été réfutée.

[156] Le juge des requêtes a aussi conclu, après avoir soupesé les facteurs suivants, qu’Haaretz n’avait pas établi qu’Israël constituait un ressort nettement plus approprié que l’Ontario : le coût et les inconvénients pour les parties (qui militaient en faveur d’Israël); le coût et les inconvénients pour les témoins (qui militaient légèrement en faveur d’Israël); le choix du droit applicable (qui militait en faveur de l’Ontario); la perte d’un avantage juridique légitime (qui militait en faveur de l’Ontario); et l’équité envers les parties (qui militait en faveur de l’Ontario).

⁷ Signalons qu’au chapitre procédural, il aurait dû s’agir d’une requête en rejet (voir S. G. A. Pitel et N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2^e éd. 2016), p. 119-121).

[157] Finally, he found that Mr. Goldhar’s action was “far from being an abuse of process” (para. 76).

B. *Court of Appeal for Ontario, 2016 ONCA 515, 132 O.R. (3d) 331 (Simmons, Cronk and Pepall J.J.A.)*

(1) Majority Reasons of Simmons and Cronk J.J.A.

[158] The majority in the Court of Appeal dismissed Haaretz’s appeal. First, it agreed with the motion judge on the question of jurisdiction *simpliciter*. Second, it found that the motion judge made two errors in his *forum non conveniens* analysis regarding the relevance of Mr. Goldhar’s intent to have a jury trial and regarding the effect of letters rogatory. The majority was, however, persuaded that these errors were not significant to the overall conclusion. It therefore agreed that Israel was not a clearly more appropriate forum than Ontario.

(2) Dissenting Reasons of Pepall J.A.

[159] The dissenting judge, Pepall J.A., agreed with the majority on jurisdiction *simpliciter*, but found that Israel was a clearly more appropriate forum than Ontario. She held that the ease with which jurisdiction can be established in Internet defamation cases requires a “robust and carefully scrutinized review” at the *forum non conveniens* stage (para. 132). Applying this robust approach, she concluded that the motion judge’s analysis was “infected by errors” and found that all factors except one favoured Israel (para. 137).

[160] Importantly, the dissenting judge stated that the test for choice of law — a factor in the *forum non conveniens* analysis — should be modified. She was of the view that the law of the place of the most substantial harm to reputation should apply to defamation cases, rather than the law of the place where

[157] Enfin, le juge a conclu que l’action de M. Goldhar était [TRADUCTION] « loin de constituer un abus de procédure » (par. 76).

B. *Cour d’appel de l’Ontario, 2016 ONCA 515, 132 O.R. (3d) 331 (les juges Simmons, Cronk et Pepall)*

(1) Les motifs majoritaires des juges Simmons et Cronk

[158] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont rejeté l’appel d’Haaretz. D’une part, elles partageaient l’avis du juge des requêtes au sujet de la simple reconnaissance de compétence. D’autre part, elles ont conclu que ce dernier avait commis deux erreurs dans son analyse relative au *forum non conveniens* en ce qui touche la pertinence de l’intention de M. Goldhar d’obtenir un procès devant jury et l’effet des commissions rogatoires. Les juges majoritaires étaient cependant convaincues que ces erreurs n’étaient pas déterminantes pour la conclusion générale. Elles ont donc convenu qu’Israël n’était pas un ressort nettement plus approprié que l’Ontario.

(2) Les motifs dissidents de la juge Pepall

[159] La juge Pepall, dissidente, a partagé l’avis de ses collègues majoritaires en ce qui concerne la simple reconnaissance de compétence, mais elle a conclu qu’Israël constituait, en l’espèce, un ressort nettement plus approprié que l’Ontario. Selon elle, vu la facilité avec laquelle la compétence peut être établie dans les affaires de diffamation sur Internet, il est essentiel de procéder à un [TRADUCTION] « examen minutieux et rigoureux » à l’étape du *forum non conveniens* (par. 132). Suivant cette démarche rigoureuse, elle a conclu que l’analyse du juge des requêtes était « entachée d’erreurs » et que tous les facteurs, à l’exception d’un seul, favorisaient Israël (par. 137).

[160] Mais surtout, la juge dissidente a affirmé que le critère du choix du droit applicable — un facteur dans l’analyse relative au *forum non conveniens* — devrait être modifié. À son avis, le droit applicable dans les affaires de diffamation devrait être celui du lieu de l’atteinte la plus substantielle à la réputation

the tort was committed (*lex loci delicti*). She found that, according to the place of most substantial harm rule, Israeli law would be applicable in this case.

III. Issues

[161] Our analysis is divided into two parts: jurisdiction *simpliciter* and *forum non conveniens*. In the first part, we explain why the test for jurisdiction *simpliciter* is met here, and how the current rules that govern its application accommodate multijurisdictional defamation cases, with no need to apply a robust review at the *forum non conveniens* stage. In the second part, we explain why the high threshold set by the “clearly more appropriate” test is not met in this case, and the reasons why this Court should not adopt a place of most substantial harm rule for the applicable law in multijurisdictional defamation cases.

IV. Analysis

[162] A preliminary issue must be addressed regarding the characterization of this proceeding. The statement of claim defines what is at issue in a given case (see *Lax Kw’alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535, at para. 41). For the purposes of analysing the assumption and exercise of jurisdiction, however, it is not considered in isolation. While the statement of claim defines the issues in the case, subsequent representations and undertakings that limit the scope of the plaintiff’s action are relevant to the overall determination.

[163] Justice Côté parses each line of Mr. Goldhar’s claim in an effort to show that his concern about his business reputation in Canada is simply an afterthought. This ignores the paragraphs of the statement of claim that pertain to the connections of Mr. Goldhar and of the article with Ontario. More fundamentally, that approach disregards his position,

et non celui du lieu où le délit a été commis (la *lex loci delicti*). La juge a conclu que, selon la règle du « lieu de l’atteinte la plus substantielle », le droit israélien s’appliquerait en l’espèce.

III. Questions en litige

[161] Notre analyse se divise en deux parties : la simple reconnaissance de compétence et le *forum non conveniens*. Dans un premier temps, nous expliquons, d’une part, les raisons pour lesquelles il est satisfait au critère de la simple reconnaissance de compétence dans la présente affaire et, d’autre part, la façon dont les règles qui en régissent l’application s’adaptent aux affaires de diffamation multijuridictionnelles sans qu’il soit nécessaire de procéder à un examen rigoureux à l’étape du *forum non conveniens*. Dans un second temps, nous exposons les raisons pour lesquelles la présente affaire ne satisfait pas à la norme élevée associée au critère du ressort « nettement plus approprié » et celles pour lesquelles notre Cour ne devrait pas adopter la règle du « lieu de l’atteinte la plus substantielle » pour déterminer le droit applicable dans les affaires de diffamation multijuridictionnelles.

IV. Analyse

[162] Il faut aborder une question préliminaire relative à la qualification de la présente instance. La déclaration définit ce qui est en litige dans une affaire donnée (voir *Bande indienne des Lax Kw’alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535, par. 41). Or, pour analyser la reconnaissance et l’exercice de la compétence, on n’examine pas isolément la déclaration. Bien que celle-ci définisse les questions en litige, les représentations et engagements subséquents qui restreignent la portée de l’action intentée par le demandeur sont pertinents pour la décision globale.

[163] La juge Côté scrute à la loupe chaque ligne de la déclaration de M. Goldhar afin de démontrer que son souci de sa réputation professionnelle au Canada est uniquement une idée qui lui serait venue après coup. Elle ignore ainsi les paragraphes de la déclaration qui portent sur les liens qui unissent M. Goldhar et l’article à l’Ontario. Plus fondamentalement, cette

taken early in the process, that the sting of the libel is felt in the province where he lives and maintains his business. With respect, in focussing so intently on the broader wording of Mr. Goldhar’s statement of claim, our colleague takes a formalistic approach that bears little relationship to how this case has been fought in the courts below and in this Court. It is simply not true to state that Mr. Goldhar’s “action was never limited to damage to his reputation in Ontario” (Côté J., at paras. 23 and 78). Mr. Goldhar has undertaken to limit his claim to his Canadian reputation. He has gone so far as to state, on the record before the motion judge, that he has no interest in seeking damages for any loss of reputation that he may have suffered in Israel, and his counsel has affirmed before this Court that it would be an abuse of process if he were to pursue a damages claim in Israel.

A. *Jurisdiction Simpliciter*

[164] To assume jurisdiction over a case, a court must be satisfied that a “real and substantial connection” exists between the subject matter of the litigation and the forum in which the proceeding is brought (*Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Van Breda*, at paras. 22-34; *Canadian Encyclopedic Digest* (Ont. 4th ed. (loose-leaf)), vol. 10, at §62.1). The analysis has two stages: first, identifying whether a presumptive connecting factor exists that *prima facie* entitles the court to assume jurisdiction over the dispute, and second, determining whether the presumption of jurisdiction is rebutted on the facts of that case.

(1) The Presumptive Connecting Factors

[165] In *Van Breda*, this Court sought to respond to dissatisfaction with the “real and substantial connection” test by bringing “greater clarity and predictability to the analysis of the problems of assumption of jurisdiction” (para. 78; see also para. 67). To that end, it listed a number of presumptive connective factors

approche fait abstraction de la position qu’il a adoptée tôt dans le processus, selon laquelle il subit l’affront du libelle dans la province où il vit et exploite son entreprise. Avec égards, en se concentrant trop sur la formulation plus générale de la déclaration de M. Goldhar, notre collègue adopte une approche formaliste qui a peu à voir avec la manière dont la présente affaire a été débattue devant les juridictions inférieures et notre Cour. Il est tout simplement faux de mentionner que l’« action de Goldhar n’a jamais visé uniquement le dommage causé à sa réputation en Ontario » (juge Côté, par. 23 et 78). M. Goldhar s’est engagé à ne faire porter sa réclamation que sur sa réputation au Canada. Il est allé jusqu’à dire devant le juge des requêtes qu’il n’a aucun intérêt à réclamer des dommages-intérêts pour toute atteinte portée, le cas échéant, à sa réputation en Israël, et son avocat a affirmé devant notre Cour qu’il commettrait un abus de procédure s’il devait tenter un recours en dommages-intérêts dans ce pays.

A. *Critère de la simple reconnaissance de compétence*

[164] Pour se déclarer compétent à l’égard d’une instance, le tribunal doit être convaincu de l’existence d’un « lien réel et substantiel » entre l’objet du litige et le ressort où la poursuite est intentée (*Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Van Breda*, par. 22-34; *Canadian Encyclopedic Digest* (Ont. 4^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 10, §62.1). L’analyse comporte deux étapes : premièrement, décider s’il existe un facteur de rattachement créant une présomption qui, à première vue, autorise le tribunal à se déclarer compétent à l’égard du litige; deuxièmement, décider si la présomption de compétence est réfutée au vu des faits de l’affaire.

(1) Les facteurs de rattachement créant une présomption

[165] Dans l’arrêt *Van Breda*, notre Cour a tenté de répondre à l’insatisfaction que suscitait le critère du « lien réel et substantiel » en rendant « l’analyse des problèmes de déclaration de compétence plus claire et plus prévisible » (par. 78; voir aussi par. 67). À cette fin, la Cour a dressé une liste de facteurs de

that *prima facie* entitle a court to assume jurisdiction over a dispute (para. 90).

[166] Here, Mr. Goldhar established the existence of such a presumptive connecting factor: the commission of a tort in Ontario. In Canadian law, “the tort of defamation occurs upon publication of a defamatory statement to a third party” (*Breeden v. Black*, 2012 SCC 19, [2012] 1 S.C.R. 666, at para. 20; see also *Éditions Écosociété Inc. v. Banro Corp.*, 2012 SCC 18, [2012] 1 S.C.R. 636, at para. 34). Contrary to Haaretz’s submissions, there is no valid reason to reconsider or set aside this presumptive connecting factor. As stressed in *Van Breda*, “[t]he situs of the tort is clearly an appropriate connecting factor” (para. 88). Commission of a tort in the jurisdiction remains a sound basis on which to establish *prima facie* jurisdiction even in the context of Internet defamation cases, because the sting of the defamation is felt in the place where it is read. The framework recently established by this Court in *Van Breda* cannot ensure the clarity and predictability it is meant to achieve unless it is applied consistently.

[167] In this case, it is not contested that the allegedly libellous article was consulted by 200 to 300 people in Canada, including employees of Mr. Goldhar’s business in Ontario. It is apparent that a tort of defamation was committed in Ontario, clearly establishing a presumptive connecting factor. There was therefore a presumption that Ontario courts could properly assume jurisdiction over the dispute.

(2) Rebuttal of the Presumption of Jurisdiction

[168] In *Van Breda*, this Court took care to explain that the presumption of jurisdiction is not irrebuttable (paras. 81 and 95-100). The burden of rebutting this presumption rests, however, on the party challenging the court’s jurisdiction. To be successful, it must “establish facts which demonstrate that the presumptive connecting factor does not point to any real relationship between the subject matter of the litigation

rattachement créant une présomption qui, à première vue, autorisent un tribunal à se déclarer compétent à l’égard d’un litige (par. 90).

[166] En l’espèce, M. Goldhar a prouvé l’existence d’un facteur de rattachement créant une présomption : la perpétration d’un délit en Ontario. En droit canadien, « le délit de diffamation se manifeste dès qu’il y a diffusion d’un propos diffamatoire destiné à un tiers » (*Breeden c. Black*, 2012 CSC 19, [2012] 1 R.C.S. 666, par. 20; voir aussi *Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.*, 2012 CSC 18, [2012] 1 R.C.S. 636, par. 34). Contrairement à ce qu’affirme Haaretz, il n’y a aucune raison valable de réexaminer ou d’écarter ce facteur de rattachement. Comme le souligne l’arrêt *Van Breda*, le « lieu du délit constitue clairement un facteur de rattachement approprié » (par. 88). La perpétration d’un délit dans un ressort demeure un fondement valable de la compétence à première vue d’un tribunal, même dans les affaires de diffamation sur Internet, puisque l’affront de la diffamation se fait sentir là où est lu l’article. Le cadre que notre Cour a récemment établi dans l’arrêt *Van Breda* ne peut assurer la clarté et la prévisibilité qu’il vise à réaliser à moins d’être appliqué de façon systématique.

[167] Dans la présente affaire, nul ne conteste qu’entre 200 et 300 personnes au Canada, dont des employés des entreprises ontariennes de M. Goldhar, ont consulté l’article prétendument diffamatoire. Il est évident qu’un délit de diffamation a été commis en Ontario, ce qui établit clairement le facteur de rattachement créant une présomption. Il était donc présumé que les tribunaux de l’Ontario pouvaient à juste titre se déclarer compétents à l’égard du litige.

(2) Réfutation de la présomption de compétence

[168] Dans l’arrêt *Van Breda*, notre Cour a pris soin d’expliquer que la présomption de compétence n’est pas irréfutable (par. 81 et 95-100). Le fardeau de la réfuter incombe toutefois à la partie qui conteste la compétence du tribunal en question. Pour y arriver, cette dernière doit « établir les faits démontrant que le facteur de rattachement créant une présomption ne révèle aucun rapport réel — ou ne révèle qu’un

and the forum or points only to a weak relationship between them” (para. 95).

[169] The foreseeability of the defendant being called to answer proceedings in the forum is key to whether a court may properly assume jurisdiction over the case. As indicated in *Van Breda*, this informed the selection of the presumptive connecting factors:

All presumptive connecting factors generally point to a relationship between the subject matter of the litigation and the forum such that it would be reasonable to expect that the defendant would be called to answer legal proceedings in that forum. [Emphasis added; para. 92.]

[170] Reasonable foreseeability is similarly central at the rebuttal step of the analysis. Notwithstanding the existence of a presumptive connecting factor, the defendant may establish a lack of jurisdiction where there is no “real and substantial connection”, but only a weak relationship between the subject of the litigation and the forum. The strength of that relationship is informed by the reasonable foreseeability of the claim proceeding in that jurisdiction. After providing a number of examples where the presumption of jurisdiction would be rebutted, the Court in *Van Breda* explained:

In each of [these] examples, it is arguable that the presumptive connecting factor points to a weak relationship between the forum and the subject matter of the litigation and that it would accordingly not be reasonable to expect that the defendant would be called to answer proceedings in that jurisdiction. In such circumstances, the real and substantial connection test would not be satisfied and the court would lack jurisdiction to hear the dispute. [Emphasis added; para. 97.]

[171] Without this important check of reasonable foreseeability of being sued in the jurisdiction, the application of the presumptive connecting factor of the commission of a tort in the jurisdiction could raise concerns of forum shopping (*Banro*, at para. 34). The reasonable foreseeability of being sued in a jurisdiction where the impugned statements

rapport tenu — entre l’objet du litige et le tribunal » (par. 95).

[169] Le fait que le défendeur puisse, de façon prévisible, être appelé à se défendre dans une action devant le tribunal est important lorsque vient le temps de décider si le tribunal peut à juste titre se déclarer compétent à l’égard du litige. Selon l’arrêt *Van Breda*, cette possibilité a servi de fondement à la sélection des facteurs de rattachement créant une présomption :

Tous les facteurs de rattachement [. . .] révèlent généralement, entre l’objet du litige et le tribunal, un rapport tel qu’il serait raisonnable de s’attendre à ce que le défendeur soit appelé à se défendre dans une action devant ce tribunal. [Nous soulignons; par. 92.]

[170] Cette question de prévisibilité raisonnable est tout aussi essentielle une fois l’analyse rendue à l’étape de la réfutation. Malgré la présence d’un facteur de rattachement créant une présomption, le défendeur peut établir l’absence de compétence s’il n’existe qu’un rapport tenu, et non un « lien réel et substantiel », entre l’objet du litige et le tribunal. La solidité de ce rapport est fonction de la question de savoir s’il est raisonnablement prévisible que le recours aille de l’avant dans le ressort en question. Au terme d’une série d’exemples de situations où la présomption de compétence serait réfutée, la Cour, dans *Van Breda*, explique ce qui suit :

Dans chacun de ces exemples, il est possible de soutenir que le facteur de rattachement créant une présomption révèle un rapport tenu entre le tribunal et l’objet du litige et qu’il serait donc déraisonnable de s’attendre à ce que le défendeur soit appelé à se défendre dans une action devant ce tribunal. Dans ces circonstances, il ne serait pas satisfait au critère du lien réel et substantiel, et le tribunal ne serait pas compétent pour connaître du litige. [Nous soulignons; par. 97.]

[171] Si l’on ne se questionne pas sur le caractère raisonnablement prévisible d’une poursuite dans ce ressort, le fait d’utiliser la perpétration du délit dans le ressort comme facteur de rattachement créant une présomption pourrait susciter des inquiétudes au sujet de la recherche abusive du ressort le plus favorable au demandeur (*Banro*, par. 34). Ainsi, la

have caused harm is therefore an important limit on the ease with which jurisdiction can be presumptively assumed in defamation cases (see *Paulsson v. Cooper*, 2011 ONCA 150, 105 O.R. (3d) 28, at para. 34; *Barrick Gold Corp. v. Blanchard & Co.* (2003) 9 B.L.R. (4th) 316 (Ont. S.C.J.), at paras. 42-45). This is especially true with respect to the publication of allegedly defamatory statements over the Internet, where such publications can often be accessed worldwide. Assumption of jurisdiction is therefore far from being “*automatic* based on a single download” (Abella J., at para. 127 (emphasis in original)).

[172] In the present case, it was more than reasonably foreseeable that Haaretz would be sued in Ontario. The newspaper published an article attacking a Canadian who lives and does business in Ontario. We do not have to decide at this stage whether the statements published by Haaretz are libellous. We simply have to locate where the sting of the article truly is. In this respect, one must not be distracted by the remainder of the article; the heart of the dispute at hand is the corrosive and highly critical comments about Mr. Goldhar’s management style, allegedly imported from his Canadian business.

[173] Furthermore, Haaretz made the article readily available not only to readers in Israel, but also to readers worldwide through online publication on its website. While it is true that defamation cases may raise forum shopping concerns, especially in the Internet context, the present case is clearly not one of forum shopping. It is entirely foreseeable that a Canadian citizen and resident would want to vindicate his Canadian reputation as the owner of his Canadian businesses in a Canadian court. The facts undeniably reveal a real and substantial connection between this case and Ontario. Therefore, the presumption of jurisdiction was not rebutted.

prévisibilité raisonnable d’une poursuite dans le ressort où les propos contestés ont causé préjudice apporte une limite importante à la facilité avec laquelle les tribunaux peuvent se déclarer compétents sur la base d’une présomption dans des affaires de diffamation (voir *Paulsson c. Cooper*, 2011 ONCA 150, 105 O.R. (3d) 28, par. 34; *Barrick Gold Corp. c. Blanchard & Co.* (2003), 9 B.L.R. (4th) 316 (C.S.J. Ont.), par. 42-45). Cela est d’autant plus vrai lorsque les propos prétendument diffamatoires ont été diffusés sur Internet, où de telles publications peuvent souvent être consultées partout dans le monde. La déclaration de compétence est donc loin d’être « *automatique* [. . .] sur la base d’un seul téléchargement » (motifs de la juge Abella, par. 127 (en italique dans l’original)).

[172] Dans la présente affaire, il était plus que raisonnablement prévisible qu’Haaretz fasse l’objet d’une poursuite en Ontario. Le journal a publié un article dans lequel il attaquait un Canadien qui vit et fait affaire en Ontario. Nul besoin, pour l’instant, de se prononcer sur le caractère diffamatoire des propos diffusés par Haaretz. Nous devons simplement repérer l’endroit où l’affront de l’article se fait réellement sentir. À cet égard, il ne faut pas se laisser distraire par le reste de l’article : l’essence du litige en l’espèce réside dans les commentaires destructeurs et éminemment critiques tenus au sujet du style de gestion de M. Goldhar, qu’il aurait repris de son entreprise canadienne.

[173] Qui plus est, en le publiant sur son site Web, Haaretz a rendu l’article facilement accessible non seulement aux lecteurs en Israël, mais aussi aux lecteurs du monde entier. Bien que les affaires de diffamation — et tout particulièrement de diffamation en ligne — puissent susciter des inquiétudes au sujet de la recherche abusive du ressort le plus favorable au demandeur, la présente affaire ne suscite manifestement pas de telles inquiétudes. Il est tout à fait prévisible qu’un citoyen canadien qui réside au Canada veuille tenter de rétablir devant un tribunal canadien sa réputation au Canada en tant que propriétaire d’entreprises canadiennes. Les faits tissent indéniablement un lien réel et substantiel entre la présente affaire et l’Ontario. Par conséquent, la présomption de compétence n’a pas été réfutée.

[174] That said, contrary to what the dissenting judge in the Court of Appeal suggested, jurisdiction *simpliciter* readily accommodates multijurisdictional defamation cases, even in the Internet age. While it may be true that a presumptive connecting factor may be established “virtually automatically” in Internet defamation cases, a court does not necessarily assume jurisdiction. If there is no real and substantial connection between the action and the forum, the presumptive connecting factor would be rebutted, which is likely to be the case where the plaintiff is forum shopping. If the analysis at the rebuttal stage is done properly, with an adequate consideration of reasonable foreseeability, there is no need to apply a “robust and carefully scrutinized” *forum non conveniens* analysis, as suggested by the dissenting judge in the Court of Appeal and by our colleague Justice Côté (paras. 3, 48 and 95). As we will explain in the following section, this new standard would frustrate the predictability and stability that is at the core of the *Van Breda* framework.

[175] As indicated, in this case, the presumption has not been rebutted, and the Ontario court has jurisdiction. However, even when jurisdiction is established, the court retains the discretion to decline jurisdiction under the doctrine of *forum non conveniens*. In this case, the Ontario courts did not exercise this discretion, correctly, in our view. We turn to this next.

B. *Forum Non Conveniens*

[176] The doctrine of *forum non conveniens* relates to a court’s discretionary power not to exercise its jurisdiction, in certain circumstances, in order to assure fairness to the parties and the efficient resolution of the dispute (*Van Breda*, at para. 104).

[177] A motion judge’s discretionary decision whether or not to decline jurisdiction on the basis of *forum non conveniens* is entitled to considerable deference on appeal (*Lapointe Rosenstein Marchand Melançon LLP v. Cassels Brock & Blackwell LLP*,

[174] Cela dit, contrairement à ce que suggère la juge dissidente de la Cour d’appel, la simple reconnaissance de compétence s’adapte aisément aux affaires de diffamation multijuridictionnelles, même à l’ère d’Internet. Bien qu’il soit peut-être vrai qu’un facteur de rattachement créant une présomption peut s’établir [TRADUCTION] « presque automatiquement » dans les affaires de diffamation sur Internet, le tribunal concerné ne se déclarera pas forcément compétent chaque fois. S’il n’y a aucun lien réel et substantiel entre le recours et le tribunal, cela réfuterait la présomption créée par le facteur de rattachement; par exemple, ce serait sans doute le cas si le demandeur recherchait seulement le ressort qui lui est le plus favorable. Si l’analyse à l’étape de la réfutation est menée de façon adéquate et tient dûment compte de la prévisibilité raisonnable, il n’est aucunement nécessaire de procéder à une analyse « minutieu[se] et rigoureux[se] » du *forum non conveniens*, comme l’affirment la juge dissidente de la Cour d’appel et notre collègue la juge Côté (par. 3, 48 et 95). Comme nous l’expliquerons dans la prochaine partie, cette nouvelle norme contrecarrerait la prévisibilité et la stabilité qui sont au cœur du cadre élaboré dans l’arrêt *Van Breda*.

[175] En l’espèce, comme nous l’avons indiqué, la présomption n’a pas été réfutée et le tribunal de l’Ontario est compétent. Toutefois, même lorsque la compétence est établie, le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de décliner compétence sur le fondement de la doctrine du *forum non conveniens*. Dans la présente affaire, les tribunaux ontariens ont refusé, à juste titre selon nous, d’exercer ce pouvoir discrétionnaire. Nous passons maintenant à cette question.

B. *Forum non conveniens*

[176] La doctrine du *forum non conveniens* renvoie au pouvoir discrétionnaire qu’a le tribunal de décliner compétence dans certaines circonstances en vue d’assurer l’équité envers les parties et le règlement efficace du litige (*Van Breda*, par. 104).

[177] La décision discrétionnaire d’un juge des requêtes de décliner ou non compétence sur le fondement du *forum non conveniens* commande une grande déférence en appel (*Lapointe Rosenstein Marchand Melançon S.E.N.C.R.L. c. Cassels Brock & Blackwell*

2016 SCC 30, [2016] 1 S.C.R. 851, at para. 54; *Van Breda*, at para. 112; *Banro*, at para. 41). It is true that errors of law may present grounds for intervention. However, having appellate courts apply the new “robust and carefully scrutinized” approach would disregard the discretionary nature of *forum non conveniens* decisions and the applicable standard of review.

[178] Admittedly, the motion judge here made two legal errors in his *forum non conveniens* analysis: first, regarding the relevance of Mr. Goldhar’s intent to have a jury trial and second, regarding the effect of letters rogatory. Normally, no deference would be owed to the motion judge’s decision on the factors affected by these errors — i.e., comparative convenience and expense for witnesses, and loss of legitimate juridical advantage — and on the overall balancing. That said, the two errors made by the motion judge have no impact on the result in this case. Indeed, as will be explained in further detail below, the first has been remedied and the second is immaterial since Haaretz did not meet its burden of proof.

[179] At para. 50 of her reasons, Justice Côté lists six “errors” made by the motion judge. However, four of these “errors” are merely points where our colleague would have weighed the evidence differently had she been the motion judge. Justice Côté criticizes the motion judge for not placing significant weight on some factors and for discounting others (see para. 50). This is not the role of an appellate court, and is at odds with the deferential standard of review.

[180] Our concern with Justice Côté’s approach is that it undermines stability and increases costs and uncertainty for parties. Professors Pitel and Rafferty stress that motion judges’ decisions on *forum non conveniens* are often reversed on appeal, which

indicates how different judges can reach different results on the same facts. This reduces predictability and

LLP, 2016 CSC 30, [2016] 1 R.C.S. 851, par. 54; *Van Breda*, par. 112; *Banro*, par. 41). Il est vrai que les erreurs de droit peuvent justifier une intervention. Toutefois, le fait d’obliger les cours d’appel à appliquer la nouvelle approche « minutieu[se] et rigoureux[se] » reviendrait à négliger la nature discrétionnaire des décisions en matière de *forum non conveniens* et la norme de contrôle qui s’y applique.

[178] Certes, le juge des requêtes en l’espèce a commis deux erreurs de droit dans son analyse relative au *forum non conveniens* : premièrement, sur la pertinence de l’intention de M. Goldhar d’obtenir un procès devant jury et, deuxièmement, sur les effets des commissions rogatoires. En temps normal, il n’y aurait pas lieu de faire preuve de déférence envers la décision du juge des requêtes sur les facteurs touchés par ces erreurs — le coût et les inconvénients pour les témoins et la perte d’un avantage juridique légitime — et sur la pondération globale des facteurs. Cela dit, les deux erreurs du juge des requêtes n’ont aucune incidence sur le résultat en l’espèce. En effet, comme nous l’expliquerons plus en détail ci-après, la première a été corrigée et la deuxième est sans importance puisqu’Haaretz ne s’est pas acquitté de son fardeau de preuve.

[179] Au paragraphe 50 de ses motifs, la juge Côté reproche six « erreurs » au juge des requêtes. Toutefois, quatre de ces « erreurs » ne sont que des points à l’égard desquels notre collègue aurait soupesé différemment la preuve si elle avait été la juge des requêtes. La juge Côté reproche au juge des requêtes de ne pas avoir accordé beaucoup de poids à certains facteurs et d’en avoir écarté d’autres (voir le par. 50). Cela n’est pas le rôle d’une cour d’appel et va à l’encontre de la norme de contrôle empreinte de déférence.

[180] La crainte que nous éprouvons relativement à l’approche de la juge Côté est qu’elle mine la stabilité et fait augmenter les coûts et l’incertitude des parties. Les professeurs Pitel et Rafferty soulignent que les décisions des juges saisis des requêtes en suspension d’instance pour cause de *forum non conveniens* sont souvent infirmées en appel, ce qui

[TRADUCTION] révèle à quel point les juges peuvent arriver à des résultats différents à partir des mêmes faits. La

confidence in the litigation process. Ultimately, the doctrine has led to parties spending more time on preliminary jurisdictional issues, which delays moving the dispute forward and addressing the merits.

(S. G. A. Pitel and N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2nd ed. 2016), at pp. 118-19)

With respect, by interfering with the motion judge’s assessment of the evidence on each and every factor of the analysis, our colleague lends support to this problematic approach.

[181] This Court must refrain from interfering with the motion judge’s exercise of his discretionary power or assessment of the evidence where it is not tainted by any error. In this regard, as we will explain, we agree with the majority in the Court of Appeal that the two errors he made were not significant to the overall conclusion on *forum non conveniens*.

[182] As the party seeking to stay the proceedings on the ground of *forum non conveniens*, Haaretz bears the burden of demonstrating that Israel has a real and substantial connection with the case, and that it is a *clearly* more appropriate forum than Ontario (*Lapointe*, at para. 52; *Van Breda*, at paras. 102-3; Pitel and Rafferty, at pp. 121-22). As the history and application of the *forum non conveniens* doctrine show, the “clearly more appropriate” standard was intended as a high threshold for displacing the plaintiff’s chosen forum.

(1) Origin of the “Clearly More Appropriate” Test

[183] The basis of the *forum non conveniens* analysis is the “clearly more appropriate” test. As indicated, it sets a high threshold for displacing the forum chosen by the plaintiff. To understand how the test operates, it is important to return to the historical reasons that led courts to adopt such a stringent standard.

prévisibilité et la confiance dans le processus s’en trouvent réduites. En fin de compte, la doctrine a amené les parties à consacrer davantage de temps à des questions préliminaires de compétence qui retardent l’instruction du litige et l’examen des questions de fond.

(S. G. A. Pitel et N. S. Rafferty, *Conflict of Laws* (2^e éd. 2016), p. 118-119)

Avec égards, en modifiant l’appréciation qu’a faite le juge des requêtes de la preuve sur chaque facteur de l’analyse, notre collègue apporte son soutien à cette approche problématique.

[181] En l’absence d’erreur, notre Cour doit s’abstenir d’intervenir à l’égard de l’exercice par le juge des requêtes de son pouvoir discrétionnaire, ou de l’évaluation qu’il a faite de la preuve. Sur ce point, comme nous l’expliquons plus loin, nous sommes d’accord avec les juges majoritaires de la Cour d’appel que les deux erreurs commises par le juge des requêtes n’étaient pas déterminantes quant à sa conclusion générale relative au *forum non conveniens*.

[182] Comme c’est la partie qui demande la suspension de l’instance sur la base du *forum non conveniens*, Haaretz a le fardeau de prouver qu’il existe un lien réel et substantiel entre Israël et le litige et qu’il s’agit là d’un ressort *nettement* plus approprié que l’Ontario (*Lapointe*, par. 52; *Van Breda*, par. 102-103; Pitel et Rafferty, p. 121-22). Comme le montrent l’historique de la doctrine du *forum non conveniens* et l’application qui en est faite, le critère du ressort « nettement plus approprié » se voulait une norme élevée à laquelle il fallait satisfaire pour écarter le ressort choisi par le demandeur.

(1) L’origine du critère du ressort « nettement plus approprié »

[183] Le critère du ressort « nettement plus approprié » représente le fondement de l’analyse relative au *forum non conveniens*. Comme nous l’avons précédemment indiqué, c’est une norme élevée à laquelle il faut satisfaire pour écarter le ressort choisi par le demandeur. Pour en saisir le fonctionnement, il est important de se rappeler les raisons historiques qui ont amené les tribunaux à se doter d’une norme aussi stricte.

(a) *The Scottish and English Roots of the “Clearly More Appropriate” Test*

[184] Historically, English courts applied a two-part test for jurisdiction, where the defendant who opposed the plaintiff’s choice of forum had to establish: “. . . (1) that the continuation of the action would cause an injustice to him or her because it would be oppressive or vexatious or constitute an abuse of the process, and (2) that [a] stay would not cause an injustice to the plaintiff” (*Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers’ Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897, at p. 915; see e.g. *Egbert v. Short*, [1907] 2 Ch. 205; *St. Pierre v. South American Stores (Garth and Chaves), Limited*, [1936] 1 K.B. 382 (C.A.), at p. 398).

[185] In *Rockware Glass Ltd. v. MacShannon*, [1978] 2 W.L.R. 362, the House of Lords discarded this test in favour of an approach substantially similar to the one that had originated in Scotland (*Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 A.C. 460 (H.L.), at p. 474). Scottish courts could “decline to exercise jurisdiction, after giving consideration to the interests of the parties and the requirements of justice, on the ground that the case [could not] be suitably tried in the Scottish court nor full justice be done there, but only in another court” (*Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws* (15th ed. 2012), by Lord Collins of Mapesbury, at §12-007). In *Spiliada*, the House of Lords refined this test and adopted the current language. This test was meant to take into account the fact that the jurisdiction of English courts had already been established at this stage:

In my opinion, the burden resting on the defendant is not just to show that England is not the natural or appropriate forum for the trial, but to establish that there is another available forum which is clearly or distinctly more appropriate than the English forum. In this way, proper regard is paid to the fact that jurisdiction has been founded in England as of right. [Emphasis added; p. 477.]

a) *Les racines écossaises et anglaises du critère du ressort « nettement plus approprié »*

[184] Pour examiner les questions de compétence, les tribunaux anglais ont traditionnellement eu recours à un critère à deux volets qui obligeait le défendeur s’opposant au choix de ressort par le demandeur à établir : « premièrement, qu’[il] serait victime d’une injustice en cas de poursuite de l’action parce que celle-ci est oppressive ou vexatoire, ou qu’elle constitue un abus de procédure et, deuxièmement, qu’aucune injustice ne serait commise envers le demandeur en cas de suspension (*Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers’ Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897, p. 915; voir p. ex. *Egbert c. Short*, [1907] 2 Ch. 205; *St. Pierre c. South American Stores (Garth and Chaves), Limited*, [1936] 1 K.B. 382 (C.A.), p. 398).

[185] Dans l’arrêt *Rockware Glass Ltd. c. MacShannon*, [1978] 2 W.L.R. 362, la Chambre des lords a exclu ce critère en faveur d’une approche essentiellement semblable à celle qui avait vu le jour en Écosse (*Spiliada Maritime Corporation c. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 A.C. 460 (H.L.), p. 474). Les tribunaux de ce pays étaient autorisés à [TRADUCTION] « refuser d’exercer leur compétence, après avoir pris en compte l’intérêt des parties et les exigences de la justice, au motif que seul un tribunal d’un autre ressort, et non un tribunal écossais, pouvait convenablement instruire le procès ou rendre pleinement justice à cet égard » (*Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws* (15^e éd. 2012), lord Collins de Mapesbury, §12-007). Dans l’arrêt *Spiliada*, la Chambre des lords a précisé le critère et en a adopté le libellé actuel. Ce critère était censé tenir compte du fait qu’à cette étape de l’analyse, la compétence des tribunaux anglais était déjà établie :

[TRADUCTION] À mon avis, il incombe au défendeur d’établir non seulement que l’Angleterre ne constitue pas le ressort naturel ou adéquat pour le procès, mais également qu’il en existe un autre qui est nettement ou distinctement plus approprié que le tribunal anglais. Ainsi, il est tenu dûment compte du fait que la compétence de plein droit des tribunaux anglais a été établie. [Nous soulignons; p. 477.]

(b) *The “Clearly More Appropriate” Test in Canadian Law*

[186] The use of the “clearly more appropriate” test in Canadian law originated in *Amchem*. In that decision, this Court adopted and built on the *forum non conveniens* test as articulated by the House of Lords in *Spiliada* (p. 921). After a careful review of the international jurisprudence on this topic, this Court stated that it “agree[d] with the English authorities that the existence of a more appropriate forum must be clearly established to displace the forum selected by the plaintiff” (*ibid.* (emphasis in original)). Later, it stated: “. . . the court must determine whether there is another forum that is clearly more appropriate” (p. 931 (emphasis added)).

[187] The Court highlighted the increasingly international character of business and litigation. It expressed the view that “it has become more difficult to identify one clearly appropriate forum for this type of litigation” (p. 911). It added that, “[f]requently, there is no single forum that is clearly the most convenient or appropriate for the trial of the action but rather several which are equally suitable alternatives” (p. 912).

[188] More recently, in *Van Breda*, the Court reiterated the “clearly more appropriate” test. It stressed that the expression “clearly more appropriate” was chosen instead of “more appropriate” in order to emphasize the exceptional character of the circumstances that would warrant a court to decline to exercise its jurisdiction over a case (paras. 108-9). It opined that “the normal state of affairs is that jurisdiction should be exercised once it is properly assumed”, and added “[i]t is not a matter of flipping a coin” (para. 109). The inclusion of the adverb “clearly” in the test was not a stylistic caprice. It serves the key purpose of indicating the high threshold the Court wanted to establish, categorically rejecting the notion that a court should stay a proceeding where another forum is merely more appropriate.

b) *Le critère du ressort « nettement plus approprié » en droit canadien*

[186] L’utilisation du critère du ressort « nettement plus approprié » en droit canadien remonte à l’arrêt *Amchem*, dans lequel notre Cour a adopté et développé le critère du *forum non conveniens* énoncé par la Chambre des lords dans l’arrêt *Spiliada* (p. 921). Après avoir examiné soigneusement la jurisprudence internationale sur le sujet, notre Cour a affirmé que, « tout comme les tribunaux anglais, [elle] estime qu’il faut établir clairement qu’un autre tribunal est plus approprié pour que soit écarté celui qu’a choisi le demandeur » (*ibid.* (souligné dans l’original)). Plus loin, elle a ajouté : « le tribunal doit décider si un autre tribunal est nettement plus approprié » (p. 931 (nous soulignons)).

[187] La Cour a souligné le fait que le commerce et les litiges prenaient de plus en plus un caractère international. Elle a exprimé l’avis selon lequel « il est devenu plus difficile de déterminer un tribunal qui soit nettement approprié pour ce type de litige » (p. 911). Elle a précisé que « [s]ouvent, il n’y a aucun tribunal qui est nettement le plus commode ou le plus approprié pour connaître de l’action, mais plusieurs représentent plutôt un choix aussi propice » (p. 912).

[188] Plus récemment, dans l’arrêt *Van Breda*, notre Cour a confirmé le critère du ressort « nettement plus approprié » et a souligné que l’expression « nettement plus approprié » a été préférée à l’expression « plus approprié » pour insister sur le caractère exceptionnel des circonstances dans lesquelles un tribunal aurait raison de décliner compétence à l’égard d’un litige (par. 108-109). La Cour s’est dite d’avis « qu’en règle générale, le tribunal doit exercer sa compétence lorsqu’il se déclare à juste titre compétent » et « [qu’il] ne s’agit pas de jouer à pile ou face » (par. 109). La présence de l’adverbe « nettement » ne satisfait donc pas un caprice de stylistique. Elle sert l’objectif important de montrer le caractère élevé de la norme que la Cour souhaitait établir, ce qui équivaut au rejet catégorique de l’idée selon laquelle un tribunal devrait suspendre une instance au profit d’un autre ressort simplement plus approprié.

[189] In *Van Breda*, this Court emphasized that the doctrine of *forum non conveniens* comes into play after the plaintiff establishes that the forum has jurisdiction (para. 101). The Court stressed that this doctrine “is based on a recognition that a common law court retains a residual power to decline to exercise its jurisdiction in appropriate, but limited, circumstances in order to assure fairness to the parties and the efficient resolution of the dispute” (para. 104 (emphasis added)). The forum that has jurisdiction will exercise it in the absence of a compelling reason not to do so.

[190] Since *Amchem*, this Court has constantly and consistently reiterated the “clearly more appropriate” forum test and the high threshold it implies (*Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 SCC 78, [2002] 4 S.C.R. 205, at para. 70; *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 SCC 40, [2003] 2 S.C.R. 63, at para. 137; *Black*, at para. 37; *Banro*, at para. 64; *Lapointe*, at para. 52). As stated in *Unifund*, “[i]f neither forum is clearly more appropriate, the domestic forum wins by default” (para. 137).

[191] Given this history and the consistent application of the test, we should not lower the purposefully stringent threshold set by the “clearly more appropriate” test, whether through lenient application or through a “robust and carefully scrutinized review” such as the one suggested by the dissenting judge in the Court of Appeal.

(2) Factors to Consider in the *Forum Non Conveniens* Analysis

[192] In *Van Breda*, this Court highlighted the contextual nature of the *forum non conveniens* analysis: “. . . the factors that a court may consider in deciding whether to apply *forum non conveniens* may vary depending on the context” (para. 110). In this case, the motion judge considered the following factors, which closely mirror the ones considered by this Court in *Black*, another multijurisdictional defamation case: applicable law; fairness to the parties; comparative convenience and expense for the parties

[189] Toujours dans l’arrêt *Van Breda*, la Cour a insisté sur le fait que la doctrine du *forum non conveniens* entre en jeu une fois la compétence du tribunal établie par le demandeur (par. 101) et que cette doctrine « reconnaît que les tribunaux de common law conservent le pouvoir résiduel de ne pas exercer leur compétence dans des circonstances appropriées, quoique limitées, afin d’assurer l’équité envers les parties et le règlement efficace du litige » (par. 104 (nous soulignons)). Le tribunal compétent exercera sa compétence si aucune raison convaincante ne l’en dissuade.

[190] Depuis l’arrêt *Amchem*, notre Cour a constamment et systématiquement rappelé le critère du ressort « nettement plus approprié » et la norme élevée qu’il sous-tend (*Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, 2002 CSC 78, [2002] 4 R.C.S. 205, par. 70; *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 CSC 40, [2003] 2 R.C.S. 63, par. 137; *Black*, par. 37; *Banro*, par. 64; *Lapointe*, par. 52). Comme l’indique l’arrêt *Unifund*, « [l]orsqu’aucun des tribunaux n’est clairement le plus approprié, le tribunal interne l’emporte *ipso facto* » (par. 137).

[191] Compte tenu de l’évolution du critère et de l’application constante qui en est faite, il n’y a pas lieu d’assouplir la norme résolument stricte que sous-tend le critère du ressort « nettement plus approprié », que ce soit par un relâchement de son application ou au moyen d’un « examen minutieux et rigoureux » comme celui que propose la juge dissidente de la Cour d’appel.

(2) Facteurs à prendre en considération dans l’analyse relative au *forum non conveniens*

[192] Dans l’arrêt *Van Breda*, notre Cour a souligné le caractère contextuel de l’analyse relative au *forum non conveniens* : “. . . les facteurs dont le tribunal peut tenir compte dans sa décision d’appliquer la doctrine du *forum non conveniens* sont susceptibles de varier selon le contexte » (par. 110). En l’espèce, le juge des requêtes s’est penché sur les facteurs suivants, qui rappellent beaucoup ceux que notre Cour a examinés dans l’arrêt *Black*, une autre affaire de diffamation multijuridictionnelle : le droit

and witnesses; and loss of legitimate juridical advantage. In *Black*, this Court also considered two further factors: avoidance of a multiplicity of proceedings and conflicting decisions; and enforcement of the judgment (paras. 34-35).

[193] We will discuss these factors in turn and explain why they do not meet the test of showing that Israel is a *clearly* more appropriate forum than Ontario.

(a) *Applicable Law*

[194] The applicable law in tort cases is generally the *lex loci delicti* — the law of the place where the tort occurred (*Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, at p. 1050). In defamation cases, this means the jurisdiction where the impugned statements were published to a third party. In this case, there is no dispute that the article was accessed by hundreds of readers in Canada, including several people in Ontario.

[195] Here, two issues arise with respect to applicable law. The first is whether this Court should adopt the place of most substantial harm rule for the applicable law in multijurisdictional defamation cases. The second is the proper approach to balancing the applicable law factor in the *forum non conveniens* analysis.

(i) This Court Should Not Adopt the Place of Most Substantial Harm Rule

[196] Haaretz argues that this Court should adopt the place of most substantial harm rule for the applicable law in defamation cases. It relies on *Banro*, where this Court declined to change the choice of law rule, but noted, in *obiter*, that the place of most substantial harm rule could potentially be an alternative to *lex loci delicti* in defamation cases (para. 56).

applicable; l'équité envers les parties; le coût et les inconvénients pour les parties et les témoins; et la perte d'un avantage juridique légitime. Dans l'arrêt *Black*, notre Cour s'est penchée sur deux autres facteurs : l'opportunité d'éviter la multiplicité des procédures et les décisions contradictoires, ainsi que l'exécution du jugement (par. 34-35).

[193] Nous aborderons ces facteurs successivement et expliquerons pourquoi ils ne démontrent pas qu'Israël constitue un ressort *nettement* plus approprié que l'Ontario.

a) *Le droit applicable*

[194] En général, le droit applicable en matière de responsabilité délictuelle est la *lex loci delicti*, la loi du lieu où le délit a été commis (*Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, p. 1050). Ce qui signifie, dans les affaires de diffamation, le ressort où les propos contestés ont été diffusés à l'intention d'un tiers. En l'espèce, il ne fait aucun doute que des centaines de lecteurs au Canada, dont plusieurs en Ontario, ont consulté l'article.

[195] Dans le cas présent, le facteur du droit applicable soulève deux questions. Premièrement, notre Cour devrait-elle adopter la règle du « lieu de l'atteinte la plus substantielle » dans les affaires de diffamation multijuridictionnelles? Deuxièmement, comment doit-on pondérer le facteur du droit applicable dans l'analyse relative au *forum non conveniens*?

(i) Notre Cour ne devrait pas adopter la règle du lieu de l'atteinte la plus substantielle

[196] Haaretz prétend que notre Cour devrait adopter la règle du « lieu de l'atteinte la plus substantielle » pour établir le droit applicable en matière de diffamation. Elle s'appuie sur l'arrêt *Banro*, où notre Cour, tout en refusant de modifier la règle qui régit le choix du droit applicable, a noté incidemment que la règle du « lieu de l'atteinte la plus substantielle » pourrait être une solution de rechange à la *lex loci delicti* dans les affaires de diffamation (par. 56).

[197] Contrary to the motion judge and the majority in the Court of Appeal, the dissenting judge agreed with Haaretz and concluded that the place of most substantial harm rule should replace *lex loci delicti* as the choice of law rule applicable to defamation cases. She concluded that the place of most substantial harm in this case was Israel — therefore, in her view, this factor weighed heavily in favour of Israel. This is the only basis upon which she found that the applicable law would not favour Ontario.

[198] Despite the views of the dissenting judge in the Court of Appeal and of our colleagues Justices Abella and Wagner, we consider it both unwise and unnecessary for this Court to adopt the place of most substantial harm rule for the applicable law in place of *lex loci delicti*. We reject the place of most substantial harm rule for four reasons: it does not point predictably to one jurisdiction, it would lead to complex preliminary motions, it received only limited support in the Canadian academic literature and jurisprudence, and its adoption in Australia is an insufficient basis for overhauling our own law in this area.

[199] First, the place of most substantial harm rule is highly subjective, and will not reliably point to one jurisdiction. This rule does not provide a clear answer where a person lives and maintains an important reputation in one jurisdiction, but acts — and is the subject of defamatory statements — in another jurisdiction. The place of most substantial harm is indeed opaque in this case, particularly when one considers Mr. Goldhar’s undertaking to limit his claim to his Canadian reputation. It is telling that the judges below disagreed on the jurisdiction where the place of most substantial harm was felt (see motion judge, at para. 47; majority in the Court of Appeal, at paras. 86-87; Pepall J.A., at para. 181). The factual finding of the motion judge that the most substantial harm to the plaintiff’s reputation is in Ontario cannot be displaced absent palpable and overriding error.

[197] Contrairement au juge des requêtes et aux juges majoritaires de la Cour d’appel, la juge dissidente a donné raison à Haaretz et conclu que la règle du lieu de l’atteinte la plus substantielle devrait remplacer la *lex loci delicti* comme règle régissant le choix du droit applicable dans les affaires de diffamation. Selon elle, en l’espèce, le lieu de l’atteinte la plus substantielle était Israël; elle était donc d’avis que ce facteur militait fortement en faveur d’Israël. Il s’agit du seul élément sur la base duquel elle a conclu que le facteur du droit applicable ne favorisait pas l’Ontario.

[198] Malgré l’avis de la juge dissidente de la Cour d’appel et de nos collègues les juges Abella et Wagner, il nous paraît à la fois mal avisé et inutile pour notre Cour de remplacer la *lex loci delicti* par la règle du lieu de l’atteinte la plus substantielle pour déterminer le droit applicable. Nous rejetons cette règle pour quatre raisons : elle ne pointe pas à coup sûr vers un seul ressort, son application donnerait lieu à des requêtes préliminaires complexes, elle ne trouve que peu d’appui dans la doctrine et la jurisprudence canadienne; et le fait qu’elle a été adoptée en Australie ne justifie pas que l’on réforme notre propre droit dans ce domaine.

[199] Premièrement, la règle du lieu de l’atteinte la plus substantielle est très subjective et ne pointe pas de manière fiable vers un seul ressort. Elle ne fournit pas de réponse claire quand une personne vit et jouit d’une grande réputation dans un ressort, mais agit — et fait l’objet de propos diffamatoires — dans un autre ressort. Le lieu de l’atteinte la plus substantielle est effectivement obscur en l’espèce, surtout compte tenu de l’engagement pris par M. Goldhar de limiter la portée de son recours à sa réputation canadienne. Il est révélateur que les juges des instances inférieures ne s’entendent pas sur le lieu où l’atteinte la plus substantielle s’est fait ressentir (voir les motifs du juge des requêtes, par. 47; les motifs de la majorité de la Cour d’appel, par. 86-87; et les motifs de la juge Pepall, par. 181). La conclusion de fait du juge des requêtes selon laquelle l’atteinte la plus substantielle à la réputation du demandeur s’est produite en Ontario ne saurait être écartée en l’absence d’une erreur manifeste et déterminante.

[200] A similar concern is raised, in the context of multijurisdictional defamation cases, with respect to *lex loci delicti*: it may not point to a single law and will therefore fail to curb forum shopping (*Banro*, at paras. 49 and 60; Australia, Law Reform Commission, *Unfair Publication: Defamation and Privacy* (1979), at para. 339). But, as indicated, that rationale has no application in this case. Forum shopping is simply not an issue here. In any event, as discussed above, the place of most substantial harm rule would also be of limited use in curbing forum shopping — the inquiry is highly subjective, and it would not, in many cases, point predictably to one law.

[201] Second, the place of most substantial harm rule would result in the proliferation of “mini-trials” requiring substantial evidence at this preliminary stage of the proceedings. We should be cautious about adding elements that must be proved at the jurisdictional stage, as this would increase delay and expense. Adopting the place of most substantial harm rule would require parties to defamation actions to establish the extent of the plaintiff’s reputation in both jurisdictions and the harm done to this reputation as a result of the allegedly defamatory statements. That hardly makes sense when one considers that onerous evidence of this sort is not even required at a defamation trial if the plaintiff only claims general damages, much less at the preliminary stages of the proceedings (see *Brown on Defamation: Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States* (2nd ed. (loose-leaf)), by R. E. Brown, at pp. 25-16 to 25-25). In addition, adopting a test that requires the submission of this evidence will further complicate and increase the unpredictability of the analysis for what is only one factor in the *forum non conveniens* analysis.

[200] Une préoccupation semblable existe en ce qui a trait à la *lex loci delicti* dans le contexte des affaires de diffamation multijuridictionnelles : son application pourrait ne pas pointer vers un seul droit applicable et, par conséquent, elle ne mettrait pas un frein à la recherche abusive du ressort le plus favorable au demandeur (*Banro*, par. 49 et 60; Australie, Law Reform Commission, *Unfair Publication : Defamation and Privacy* (1979), par. 339). Or, comme nous l’avons mentionné précédemment, cette explication n’est aucunement applicable en l’espèce puisque la question de la recherche abusive du ressort le plus favorable au demandeur ne se pose tout simplement pas. Quoi qu’il en soit, rappelons que la règle du lieu de l’atteinte la plus substantielle s’avérerait aussi peu utile pour mettre un frein à la recherche abusive du ressort le plus favorable au demandeur; il s’agit d’un questionnement hautement subjectif qui, dans de nombreux cas, ne pointerait pas à coup sûr vers un seul droit applicable.

[201] Deuxièmement, la règle du lieu de l’atteinte la plus substantielle entraînerait la multiplication de « mini-procès » nécessitant la présentation d’une preuve abondante à cette étape préliminaire de l’instance. Nous devons faire preuve de prudence avant d’ajouter des éléments à prouver au stade de l’établissement de la compétence, car cela allongerait les délais et augmenterait les coûts. Si la règle du lieu de l’atteinte la plus substantielle était retenue, les parties à des actions en diffamation seraient obligées de prouver l’ampleur de la réputation dont jouit le demandeur dans les deux ressorts et l’atteinte portée à sa réputation en raison des propos prétendument diffamatoires. Une telle approche n’est guère logique compte tenu du fait que les procès pour diffamation n’imposent même pas un tel fardeau de preuve lorsque le demandeur ne cherche à obtenir que des dommages-intérêts généraux, et encore moins lors des étapes préliminaires de l’instance (voir *Brown on Defamation : Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States* (2^e éd. (feuilles mobiles)), par R. E. Brown, p. 25-16 à 25-25). En outre, la décision de retenir un critère qui exige la présentation d’un tel type de preuve ne ferait que compliquer l’analyse relative au *forum non conveniens* et en accroître l’imprévisibilité en raison d’un seul de ses facteurs.

[202] Third, there is limited doctrinal support in the Canadian academic literature in favour of adopting the place of most substantial harm rule in defamation cases. To our knowledge, only three articles have suggested this approach (see J.-G. Castel, “Multistate Defamation: Should the Place of Publication Rule be Abandoned for Jurisdiction and Choice of Law Purposes?” (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 153; C. Martin, “*Tolofson* and Flames in Cyberspace: The Changing Landscape of Multistate Defamation” (1997), 31 *U.B.C. L. Rev.* 127; M. Castel, “Jurisdiction and Choice of Law Issues in Multistate Defamation on the Internet” (2013), 51 *Alta. L. Rev.* 153) — and for good cause. In our view, *lex loci delicti* adequately accommodates the concerns raised in them: it puts the individual’s reputation squarely at the core of the applicable law because harm to reputation occurs at the place of publication, where the tort occurs. Further, we would also note that apart from the dissenting judge in the Court of Appeal and our colleagues Justices Abella and Wagner, no other Canadian judge has showed an interest in adopting the place of most substantial harm rule.

[203] Last, Haaretz refers this Court to only one jurisdiction that has adopted this rule: Australia. In our view, it would be unwise for this Court to rely on the Australian approach as a basis for overhauling the choice of law rules in this area for three reasons: first, in Australia, the modification of the choice of law rule was made in the context of legislative reform of the law of defamation; second, even in Australia, the place of most substantial harm rule is confined to cases involving multiple *domestic* jurisdictions, not international defamation cases like this one; and third, Australia adopted a multi-factor test for choice of law in defamation cases, where the place of most substantial harm is merely one of the many factors to consider (*Defamation Act 2005* (N.S.W.), s. 11(3)). The Law Commission of Ontario is currently working on a reform project regarding defamation law in the Internet context (*Defamation Law in the Internet Age: Consultation Paper* (2017) (online)). In light of this, it would not be appropriate for this Court to overhaul the choice of law rules in this area.

[202] Troisièmement, la doctrine canadienne est peu favorable à l’adoption de la règle du lieu de l’atteinte la plus substantielle dans les affaires de diffamation. À notre connaissance, seulement trois articles ont suggéré cette règle (voir J.-G. Castel, « Multistate Defamation : Should the Place of Publication Rule be Abandoned for Jurisdiction and Choice of Law Purposes? » (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 153; C. Martin, « *Tolofson* and Flames in Cyberspace : The Changing Landscape of Multistate Defamation » (1997), 31 *U.B.C. L. Rev.* 127; M. Castel, « Jurisdiction and Choice of Law Issues in Multistate Defamation on the Internet » (2013), 51 *Alta. L. Rev.* 153), et pour cause. À notre avis, la *lex loci delicti* répond adéquatement aux préoccupations que soulèvent ces articles : elle situe la réputation de la personne au cœur du choix du droit applicable parce que l’atteinte à la réputation survient au lieu de la diffusion, là où le délit se manifeste. Notons également qu’aucun juge canadien, mis à part la juge dissidente de la Cour d’appel et nos collègues les juges Abella et Wagner, n’a exprimé le souhait d’adopter la règle du lieu de l’atteinte la plus substantielle.

[203] Enfin, Haaretz n’a mentionné à la Cour qu’un seul ressort ayant adopté cette règle : l’Australie. Il nous semble mal avisé pour notre Cour de se fonder sur l’approche australienne pour réformer les règles régissant le choix du droit applicable en la matière, et ce, pour trois raisons : d’abord, la règle régissant le choix du droit applicable a été modifiée en Australie dans le cadre d’une réforme législative du droit de la diffamation; ensuite, même en Australie, la règle du lieu de l’atteinte la plus substantielle ne s’applique qu’aux affaires mettant en cause différents ressorts à l’intérieur du pays et non aux affaires internationales de diffamation comme celle dont nous sommes saisis; enfin, l’Australie s’est dotée d’un critère multifactoriel pour déterminer le droit applicable dans les affaires de diffamation et le lieu de l’atteinte la plus substantielle ne constitue qu’un des nombreux facteurs à prendre en considération (*Defamation Act 2005* (N.S.W.), par. 11(3)). La Commission du droit de l’Ontario travaille présentement à un projet de réforme du droit de la diffamation dans le contexte d’Internet (*La diffamation à l’époque de l’Internet : Document de consultation* (2017) (en ligne)). À la lumière de ce qui précède, il ne serait pas opportun pour notre Cour de réformer les règles régissant le choix du droit applicable dans ce domaine.

[204] For these reasons, we are not satisfied that the law should be changed. The *lex loci delicti* rule, which would find Ontario law to be the applicable law, governs and should continue to govern. Respectfully, in our view, the prominence given to this factor by the dissenting judge in the Court of Appeal taints her ultimate finding that Israel was a clearly more appropriate forum.

(ii) The Proper Approach to Balancing the Applicable Law Factor

[205] Applicable law is an important factor in the *forum non conveniens* analysis. Fairness and efficiency — as well as concerns of cost, convenience, and accuracy — militate in favour of resolving a dispute in a forum familiar with the applicable law (Pitel and Rafferty, at p. 126). In this case, *lex loci delicti* indicates that the applicable law is that of Ontario. It is therefore fairer and more efficient for this dispute to be heard by the courts in Ontario.

[206] Our colleague Justice Côté agrees that Ontario law is applicable under the *lex loci delicti* rule (para. 88). However, she concludes that this factor “cannot aid Haaretz in showing that it would be fairer and more efficient to proceed in the alternative forum” because if the action were to proceed in Israel, Israeli law would apply (*ibid.*). She further suggests that this factor should be granted little weight in the analysis because if jurisdiction is established on the basis of the *situs* of the tort, the *lex loci delicti* analysis will inevitably point to the chosen forum, making it of little value in the comparative *forum non conveniens* analysis (para. 90).

[207] With respect, we disagree. This Court has considered the applicable law in multijurisdictional defamation cases, and in each case it has identified a single applicable law and weighed this factor accordingly (see, for example, *Black*, at para. 33; *Banro*, at para. 62). It is entirely appropriate, in our view, for courts to only look at the chosen forum in determining the applicable law. Requiring courts to assess the choice of law rules of a foreign jurisdiction may

[204] Pour ces motifs, nous ne sommes pas convaincus de l’opportunité de modifier le droit. La *lex loci delicti*, selon laquelle le droit applicable serait celui de l’Ontario, prévaut et devrait continuer de prévaloir. Avec égards, nous estimons que l’importance accordée par la juge dissidente de la Cour d’appel à ce facteur vicie sa conclusion ultime qu’Israël constituait un ressort nettement plus approprié.

(ii) La pondération adéquate du facteur du droit applicable

[205] Le droit applicable représente un facteur important de l’analyse relative au *forum non conveniens*. L’équité et l’efficacité, tout comme les questions de coût, de commodité et d’exactitude, militent en faveur du règlement du litige devant un tribunal qui connaît le droit applicable (Pitel et Rafferty, p. 126). En l’espèce, selon la *lex loci delicti*, le droit applicable est celui de l’Ontario. Il serait donc plus juste et plus efficace que le litige soit instruit par les tribunaux de cette province.

[206] Notre collègue la juge Côté reconnaît que la *lex loci delicti* commande l’application du droit ontarien (par. 88). Toutefois, elle conclut que ce facteur « ne saurait aider Haaretz à démontrer qu’il serait plus équitable et plus efficace de procéder dans l’autre ressort » parce que le droit israélien s’appliquerait si l’action devait être instruite dans ce pays (*ibid.*). Elle suggère en outre qu’il y aurait lieu d’accorder peu d’importance à ce facteur dans l’analyse car si la compétence est établie en fonction du lieu du délit, l’analyse de la *lex loci delicti* pointerait inévitablement vers le ressort choisi, d’où sa faible valeur dans l’analyse à caractère comparatif relative au *forum non conveniens* (par. 90).

[207] Soit dit en tout respect, nous ne sommes pas d’accord. Notre Cour s’est penchée sur le droit applicable aux affaires de diffamation multijuridictionnelles à diverses reprises et elle a systématiquement conclu qu’un seul droit était applicable et a pondéré ce facteur en conséquence (voir, par exemple, *Black*, par. 33; *Banro*; par. 62). Il nous paraît tout à fait indiqué pour les tribunaux de se pencher uniquement sur le ressort choisi afin d’établir le droit applicable.

require extensive evidence, needlessly complicating the pre-trial motion stage of the proceedings.

[208] Where jurisdiction is based on the *situs* of the tort, the applicable law (under *lex loci delicti*) will indeed point to the forum. However, this does not mean, as Justice Côté suggests, that the applicable law factor should be granted little weight in the *forum non conveniens* analysis. Rather, giving due weight to this factor reflects the notion that a case should proceed in a forum that properly has jurisdiction over the matter unless another forum is *clearly* more appropriate. Holding that the applicable law should be given little weight ignores the importance of the territorial jurisdiction of the chosen forum, and distorts the *forum non conveniens* analysis in favour of the foreign jurisdiction.

[209] There is a compelling reason why the *lex loci delicti* rule directs courts to apply their domestic law after having found that the tort of defamation occurred within their jurisdiction. Defamation law is directed to the protection of reputation. For choice of law purposes, it is therefore logical that a court of a jurisdiction where publication occurred — and where harm to reputation consequently occurred — is entitled to apply its own law. This remains true even if a tort took place simultaneously in another jurisdiction.

[210] As the applicable law is that of Ontario, this factor strongly favours Ontario over Israel.

(b) *Fairness to the Parties*

[211] Fairness to the parties, along with the efficient resolution of disputes, is the cornerstone of the doctrine of *forum non conveniens* (*Van Breda*, at para. 104; *Black*, at para. 36). The motion judge and the majority in the Court of Appeal found that this factor favoured Ontario, while the dissenting judge concluded that it favoured Israel. We agree

Obliger les tribunaux à évaluer les règles d'un État étranger qui régissent le choix du droit applicable pourrait rendre nécessaire la production d'une preuve abondante et compliquer ainsi inutilement l'étape des requêtes préliminaires.

[208] Lorsque la compétence se fonde sur le lieu du délit, le droit applicable (suivant la *lex loci delicti*) pointera effectivement vers le ressort en question. Cela ne veut pas dire pour autant, comme le suggère la juge Côté, qu'il convient d'accorder peu de poids au facteur du droit applicable dans l'analyse relative au *forum non conveniens*. Attribuer à ce facteur le poids qui lui revient traduit plutôt l'idée qu'une affaire doit être instruite par un tribunal qui a, à juste titre, compétence en la matière à moins qu'un autre tribunal soit *nettement* plus approprié. La conclusion qu'il y a lieu d'accorder peu de poids au droit applicable ne tient pas compte de l'importance que revêt la compétence territoriale du tribunal choisi et dénature l'analyse relative au *forum non conveniens* en faveur du tribunal étranger.

[209] Il existe une raison impérieuse pour laquelle la règle de la *lex loci delicti* enjoint aux tribunaux d'appliquer leur droit interne lorsqu'ils concluent que le délit de diffamation s'est manifesté dans leur ressort. Le droit de la diffamation vise à protéger la réputation. Lorsque vient le temps de choisir le droit applicable, la logique veut donc qu'un tribunal puisse appliquer son propre droit s'il est du ressort où la diffusion a eu lieu et, par conséquent, où l'atteinte à la réputation est survenue, et ce, même si le délit a été commis simultanément dans un autre ressort.

[210] Puisque le droit applicable est celui de l'Ontario, ce facteur favorise grandement l'Ontario par rapport à Israël.

b) *L'équité envers les parties*

[211] L'équité envers les parties constitue, avec le règlement efficace des litiges, la pierre angulaire de la doctrine du *forum non conveniens* (*Van Breda*, par. 104; *Black*, par. 36). D'après le juge des requêtes et la majorité de la Cour d'appel, ce facteur militait en faveur de l'Ontario. Pour sa part, la juge dissidente a conclu qu'il militait plutôt en faveur d'Israël.

with the motion judge and the majority in the Court of Appeal.

[212] This Court has repeatedly emphasized the importance of plaintiffs being allowed to sue for defamation in the locality where they enjoy their reputation, recognizing the value of the plaintiff’s subjective conception of his or her reputation (*Banro*, at para. 58; *Black*, at para. 36). As the majority of this Court recently stated, “[t]he right to the protection of reputation, which is the basis for an action in defamation, is an individual right that is intrinsically attached to the person” (*Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214, at para. 46). In *Banro*, this Court approved the decision of the Ontario High Court in *Jenner v. Sun Oil Co.*, [1952] 2 D.L.R. 526, wherein the judge “found that the plaintiff would not be able to satisfactorily ‘clear his good name of the imputation made against him’ other than by suing for defamation in the locality where he enjoyed his reputation — that is, where he lived and had his place of business and vocation in life” (*Banro*, at para. 58, quoting *Jenner*, at pp. 538 and 540; see also *Paulsson*, at paras. 29-30).

[213] In the instant case, Mr. Goldhar has a real and long-standing reputational interest in Ontario. This is where he lives and works, and it is where he has his main business interests. In the context of an article about Mr. Goldhar’s management of an Israel soccer team, Haaretz chose to publish disparaging comments about his Canadian business enterprises and his management of them. The sting of the article relates to his reputation *in Ontario*.

[214] Because Mr. Goldhar is concerned about the impact on his Canadian business reputation, it does not matter that only a relatively small section of the article refers to his Canadian business practices; libellous statements may well be buried in lengthy materials. In our view, it is immaterial that Mr. Goldhar also owned a business in Israel, or that the article pertained primarily to his Israeli business. The fact that the other parts of the article relate to

Nous partageons l’avis du juge des requêtes et des juges majoritaires de la Cour d’appel.

[212] Notre Cour a maintes fois souligné l’importance de permettre aux demandeurs d’intenter une action en diffamation dans la localité où ils jouissent de leur réputation, reconnaissant la valeur de la conception subjective que le demandeur se fait de sa réputation (*Banro*, par. 58; *Black*, par. 36). Comme les juges majoritaires de notre Cour l’ont récemment affirmé, « [l]e droit à la protection de la réputation, sur lequel s’appuie le recours en diffamation, est un droit individuel qui est intrinsèquement rattaché à la personne » (*Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214, par. 46). Dans l’arrêt *Banro*, notre Cour a tenu pour bien fondée la décision *Jenner c. Sun Oil Co.*, [1952] 2 D.L.R. 526, de la Haute Cour de l’Ontario, dans laquelle le juge avait « conclu que le demandeur ne serait en mesure de [TRADUCTION] “défendre sa réputation contre l’imputation faite à son encontre” que s’il intente une action en diffamation dans la localité où il a établi sa réputation — à savoir, là où se trouvent sa résidence et son lieu de travail et où il se consacre à ses activités » (*Banro*, par. 58, citant *Jenner*, p. 538 et 540; voir également *Paulsson*, par. 29-30).

[213] En l’espèce, M. Goldhar a un véritable intérêt de longue date dans sa réputation en Ontario. C’est dans cette province qu’il vit et travaille, et c’est là que se trouvent ses principaux intérêts commerciaux. Haaretz a décidé de publier, dans un article sur la gestion d’une équipe de soccer israélienne par M. Goldhar, des propos désobligeants à l’endroit des entreprises canadiennes de ce dernier et de sa façon de les gérer. L’affront de l’article se rapporte à sa réputation *en Ontario*.

[214] Puisque M. Goldhar se soucie de l’incidence de l’article sur sa réputation commerciale au Canada, il importe peu que seule une partie relativement courte de l’article porte sur ses pratiques commerciales au Canada. Des propos diffamatoires peuvent fort bien être dissimulés dans de longs textes. À notre avis, il est sans importance que M. Goldhar était également propriétaire d’une entreprise en Israël ou que l’article portait surtout sur ses affaires en Israël.

another topic has no bearing on the reputational harm at stake. In other words, there is no merit to the quantitative argument. We must look at the allegedly libellous statements themselves in order to identify the reputational harm at stake. Fairness strongly supports allowing Mr. Goldhar to vindicate his reputation in the jurisdiction where he maintains his reputation, and where the sting of the article was felt by him.

[215] While the plaintiff in this case is wealthy, access to justice concerns are implicated when considering fairness, and must be considered. For many non-wealthy plaintiffs, being denied access to the courts of a particular jurisdiction — typically their home forum — means being denied justice altogether. In those cases, fairness would weigh even more heavily in favour of the plaintiff's choice of forum.

[216] While fairness to both parties must be considered, the motion judge expressly considered and rejected Haaretz's submission that it was unreasonable for it to defend this action in Ontario; instead, he pointed to the fact that it should come as no surprise to Haaretz that Mr. Goldhar would seek to "vindicate his reputation in Ontario, where he lives and works" (paras. 64-65).

[217] It is true that Haaretz does not have any connection with Ontario. But that does not matter here. As indicated, for reasons best known to itself, Haaretz's article made gratuitous reference to Mr. Goldhar's Canadian businesses. Moreover, the newspaper allowed the article to be freely accessed online in Canada. Given Haaretz's course of action, it is not unfair that Ontario be the forum deciding the dispute.

[218] Our colleague Justice Côté suggests that in assessing fairness to the parties, we cannot ignore the reality of Mr. Goldhar's significant business interest and reputation in Israel (para. 78). However, in doing so, she effectively seeks to portray Mr. Goldhar's claim that the sting of the libel is felt in Ontario as

Le fait que divers passages de l'article portent sur d'autres sujets n'a aucun rapport avec l'atteinte à la réputation qui est en cause. Autrement dit, l'argument de la quantité n'est pas fondé. Pour cerner l'atteinte à la réputation en cause, nous devons examiner les propos prétendument diffamatoires comme tels. L'équité appuie fortement la conclusion selon laquelle M. Goldhar devrait pouvoir rétablir sa réputation dans le ressort où il en jouit et où il a ressenti l'affront de l'article.

[215] Même si, en l'espèce, le demandeur est fortuné, l'examen du facteur de l'équité soulève des préoccupations concernant l'accès à la justice qui doivent être prises en compte. Pour bien des demandeurs non fortunés, le fait de se voir refuser l'accès aux tribunaux d'un ressort en particulier — normalement le leur — équivaut à un déni total de justice. Dans de tels cas, l'équité favoriserait encore davantage le ressort choisi par le demandeur.

[216] Quoique l'équité envers les deux parties doive être prise en considération, le juge des requêtes a explicitement abordé et rejeté la prétention de Haaretz qu'il serait déraisonnable pour celui-ci de se défendre contre la présente action en Ontario. Il a plutôt insisté sur le fait qu'Haaretz ne devrait pas s'étonner que M. Goldhar cherche à [TRADUCTION] « rétablir sa réputation en Ontario, où il vit et travaille » (par. 64-65).

[217] Haaretz n'a certes aucun lien avec l'Ontario, mais cela n'importe pas dans le cas présent. Comme nous l'avons déjà mentionné, pour des raisons qui sont propres à Haaretz, l'article publié dans ce journal comportait des commentaires gratuits au sujet des entreprises de M. Goldhar au Canada. Qui plus est, le journal a permis que l'on puisse consulter librement l'article en ligne au Canada. Vu la conduite d'Haaretz, il n'est pas inéquitable que le litige soit tranché en Ontario.

[218] Notre collègue la juge Côté soutient qu'au moment d'évaluer l'équité envers les parties, nous ne pouvons négliger le fait que M. Goldhar a une réputation et des intérêts commerciaux importants en Israël (par. 78). Toutefois, pour ce faire, elle cherche effectivement à décrire la prétention de M. Goldhar,

an afterthought, if not a disingenuous maneuver to force Haaretz to come to Canada and bear the added costs associated with this. As indicated, the focal point of Mr. Goldhar’s claim before this Court was tied to Haaretz’s gratuitous reference to the way he runs his Canadian businesses. In our respectful view, therefore, his reputation in Israel is not material to the analysis.

[219] Finally, it is important to recognize that this case was found not to be an abuse of process by the motion judge. Although she did not expressly dissent on this issue, Pepall J.A. seemed very much influenced by the “competing theory that this lawsuit was instituted in Ontario with a view not to protect a reputation, but to burden a foreign newspaper . . . or . . . to muzzle the newspaper” (para. 191). But this theory was rejected by the motion judge who found that this action was “far from being an abuse of process” (para. 76). The majority of the Court of Appeal saw no error in this conclusion, and Haaretz does not challenge it before this Court. We are therefore faced with a legitimate claim, brought by a long-time resident of Ontario in the jurisdiction where he lives and has his main business interest, in a manner that was reasonably foreseeable when Haaretz decided to publish the impugned statements.

[220] The fairness factor weighs heavily in favour of Ontario.

(c) *Comparative Convenience and Expense for the Parties and Witnesses*

[221] The motion judge found that the comparative convenience and expense for the parties favoured Israel, and that comparative convenience and expense for the witnesses *slightly* favoured Israel. The majority in the Court of Appeal upheld this conclusion, but the dissenting judge found that this factor overwhelmingly favoured Israel. Again, we agree with the conclusion of the majority.

selon laquelle l’affront de la diffamation se fait sentir en Ontario, comme une idée qui lui serait venue après coup, voire une manœuvre fallacieuse en vue de contraindre Haaretz à venir au Canada et à supporter les frais supplémentaires associés à ce déplacement. Comme nous l’avons indiqué, le point central de l’argumentation de M. Goldhar devant notre Cour se rapportait à la critique gratuite de Haaretz sur la façon dont il dirige ses entreprises canadiennes. Nous estimons par conséquent que sa réputation en Israël n’est pas pertinente pour l’analyse.

[219] Enfin, il importe de rappeler que, selon le juge des requêtes, la présente affaire ne constituait pas un abus de procédure. Bien que sa dissidence n’ait pas expressément porté sur ce point, la juge d’appel Pepall semble avoir été grandement influencée par la [TRADUCTION] « théorie concurrente voulant que M. Goldhar ait intenté sa poursuite en Ontario non pas en vue de protéger sa réputation, mais plutôt afin d’accabler un journal étranger [. . .] ou [. . .] de le museler » (par. 191). Or, le juge des requêtes a rejeté cette théorie, concluant que l’action était « loin de constituer un abus de procédure » (par. 76). La majorité de la Cour d’appel n’a décelé aucune erreur dans cette conclusion et Haaretz ne la conteste pas devant nous. Nous sommes donc en présence d’un recours légitime intenté par un résident de longue date de l’Ontario dans le ressort où il vit et où il exploite son principal intérêt commercial, et ce, d’une manière qui était raisonnablement prévisible lorsqu’Haaretz a décidé de diffuser les propos contestés.

[220] Le facteur de l’équité favorise grandement l’Ontario.

(c) *Le coût et les inconvénients pour les parties et les témoins*

[221] Le juge des requêtes a statué que le coût et les inconvénients pour les parties militaient en faveur d’Israël, tandis que le coût et les inconvénients pour les témoins militaient *légèrement* en faveur d’Israël. La Cour d’appel a, à la majorité, confirmé cette conclusion, mais la juge dissidente était d’avis que ce facteur favorisait considérablement Israël. Là encore, nous partageons l’avis des juges majoritaires.

[222] With respect to the comparative convenience and expense for the parties, it was relevant that Mr. Goldhar, despite living in Canada, has an apartment in Israel, often travels to Israel, and has strong connections with that jurisdiction. The courts below correctly found that the comparative convenience and expense for the parties favours Israel.

[223] With respect to the comparative convenience and expense for the witnesses, Mr. Goldhar did not file evidence regarding the witnesses that he would call to testify at trial. For its part, Haaretz listed 22 witnesses that could be called, 18 of whom are in Israel. We agree with the majority in the Court of Appeal that “the motion judge was entitled to treat Haaretz’s proposed witness list with caution” (para. 73). Indeed, it is not clear what these proposed witnesses would speak to, particularly since the allegedly libellous statements complained of concern Mr. Goldhar’s business practices in Canada.

[224] The cautionary approach of the motion judge was in our view proper for two reasons. First, when considering the factor of comparative convenience and expenses for the witnesses, courts should be mindful that at this preliminary stage of the proceedings, parties may not yet have decided which witnesses will actually be called to testify at trial. The timing of the stay motion “increases the difficulty for the court in identifying the *forum conveniens*” (Pitel and Rafferty, at p. 118).

[225] Second, a defendant cannot change the nature of the plaintiff’s action and answer the claim it would rather have brought against it. In this case, Mr. Goldhar’s claim pertains to the statements made in relation to the management of his Canadian business. Haaretz cannot reshape this action into one concerning the management of the Maccabi Tel Aviv soccer team. Haaretz only provided particulars with respect to what eight witnesses could speak to, despite being aware that the relevance of the testimony of every proposed witness was at issue. All but one of these eight witnesses are former or current

[222] En ce qui concerne le coût et les inconvénients pour les parties, il y a lieu de souligner que, même s’il vit au Canada, M. Goldhar a un appartement en Israël, se rend souvent dans ce pays et entretient des liens étroits avec ce ressort. En l’espèce, les tribunaux inférieurs ont conclu à bon droit que le coût et les inconvénients pour les parties militaient en faveur d’Israël.

[223] En ce qui a trait au coût et aux inconvénients pour les témoins, M. Goldhar n’a déposé aucun élément de preuve relativement aux témoins qu’il souhaitait faire entendre au procès. Pour sa part, Haaretz a présenté une liste de 22 témoins potentiels, dont 18 se trouvent en Israël. Nous convenons avec la majorité de la Cour d’appel que [TRADUCTION] « le juge des requêtes pouvait considérer avec circonspection la liste des témoins proposés par Haaretz » (par. 73). En effet, il est difficile de savoir ce dont ces témoins proposés parleraient dans leur témoignage, d’autant plus que les propos prétendument diffamatoires en l’espèce se rapportent aux pratiques commerciales de M. Goldhar au Canada.

[224] La prudence dont a fait preuve le juge des requêtes nous paraît justifiée pour deux raisons. Premièrement, lorsqu’ils se penchent sur le facteur du coût et des inconvénients pour les témoins, les tribunaux doivent se rappeler qu’à cette étape préliminaire de l’instance, les parties n’ont peut-être pas encore décidé qui exactement sera appelé à témoigner au procès. Le moment de l’instruction d’une requête visant la suspension de l’instance [TRADUCTION] « complique la tâche du tribunal appelé à fixer le *forum conveniens* » (Pitel et Rafferty, p. 118).

[225] Deuxièmement, un défendeur ne peut changer la nature de l’action du demandeur et répondre au recours dont il aurait préféré faire l’objet. Dans la présente affaire, le recours de M. Goldhar porte sur des propos tenus au sujet de la gestion de ses affaires au Canada. Haaretz ne peut modifier cette action en un recours relatif à la gestion de l’équipe de soccer Maccabi Tel Aviv. Haaretz a fourni des détails sur la teneur des dépositions potentielles de seulement huit des témoins proposés même s’il savait que la pertinence de chacun des témoignages proposés était en jeu. Sept de ces huit témoins sont ou ont été membres

Maccabi Tel Aviv staff whose evidence relates to the management of the club in Israel. The motion judge was therefore left with eight Israeli witnesses who *could* speak of an issue that is merely incidental to the heart of the dispute. Neither Haaretz nor our colleague Justice Côté has identified a single one of these witnesses who has said anything or can say anything about Mr. Goldhar’s business practices in Ontario. Given this, the motion judge was justified in not giving undue weight to Haaretz’s preliminary list of Israeli witnesses, and he certainly did not make a legal error in this respect (Côté J., at para. 50).

[226] As mentioned earlier, appellate courts must not interfere with a motion judge’s exercise of discretionary power if the judge has not “erred in principle, misapprehended or failed to take account of material evidence, or reached an unreasonable decision” (*Lapointe*, at para. 54, quoting *Banro*, at para. 41). Here, there are no grounds upon which to interfere with the motion judge’s finding regarding the likely relevance of the proposed witnesses. With respect to our colleague Justice Côté, in our view, this Court should show restraint in revisiting this finding.

[227] In fact, the effect of her approach is to make a long list of foreign witnesses practically determinative in the *forum non conveniens* analysis. We disagree. One party should not be permitted to manipulate this factor simply by listing numerous witnesses in its jurisdiction of choice — without providing any further indication of relevance. In multijurisdictional cases, it is almost certain that there will be parties and witnesses in different jurisdictions. In such circumstances, it is virtually inevitable that some parties and witnesses will incur travel expenses.

[228] Fortunately, in our era of mobility and interconnectivity, we are well equipped to face these challenges. There are many procedural tools to

du personnel du club Maccabi Tel Aviv et leur témoignage doit porter sur la gestion de l’équipe en Israël. Ainsi, le juge des requêtes n’avait guère plus que huit témoins israéliens *susceptibles* d’aborder une question qui est purement accessoire au cœur du litige. Ni Haaretz ni notre collègue la juge Côté n’ont identifié un seul de ces témoins qui a dit ou peut dire quoi que ce soit à propos des pratiques commerciales de M. Goldhar en Ontario. Le juge des requêtes avait donc de bonnes raisons de ne pas accorder une importance indue à la liste préliminaire de témoins israéliens présentée par Haaretz et il n’a certainement pas commis d’erreur de droit à cet égard (motifs de la juge Côté, par. 50).

[226] Comme nous l’avons mentionné précédemment, les cours d’appel ne doivent intervenir à l’égard de l’exercice par un juge des requêtes de son pouvoir discrétionnaire que si ce dernier « a commis une erreur de principe, a mal interprété ou n’a pas pris en considération des éléments de preuve importants, ou a rendu une décision déraisonnable » (*Lapointe*, par. 54, citant *Banro*, par. 41). En l’espèce, il n’existe aucun motif de modifier la conclusion du juge des requêtes quant à la vraisemblable pertinence des témoins proposés. Soit dit en tout respect pour notre collègue la juge Côté, nous sommes d’avis que notre Cour devrait user de retenue avant de revenir sur cette conclusion.

[227] En fait, son approche a pour effet de faire d’une longue liste de témoins étrangers un élément presque déterminant de l’analyse relative au *forum non conveniens*. Nous ne sommes pas d’accord. Une partie ne devrait pas être autorisée à manipuler ce facteur tout simplement en dressant une longue liste de témoins dans le ressort de son choix, sans donner d’autre indication quant à la pertinence des témoignages. Dans les affaires multijuridictionnelles, il est presque certain que des parties et des témoins proviendront de différents ressorts. Dans de telles circonstances, il est pratiquement inévitable que certaines parties ou certains témoins auront à supporter des frais de déplacement.

[228] Heureusement, en cette époque de mobilité et d’interconnectivité, nous avons tout ce qu’il faut pour surmonter les obstacles précités. De nombreux

mitigate the practical inconvenience arising in cases where parties are in multiple jurisdictions: written affidavits, testimony through videoconference, examinations before trial, rogatory commissions, etc. Modern communication technologies and methods of transportation have rendered these kinds of arrangements much more practicable than in the past. In this regard, the majority in the Court of Appeal was right to stress that “the use of technology and interpreters cannot be viewed as undermining the fairness of a civil trial” (para. 71). This is especially true when the witnesses who testify via videoconference and/or interpreters are only called to speak to a secondary issue.

[229] In the face of inconclusive evidence as to the state of Israeli law, Justice Côté proceeds on the basis that the Israeli witnesses could not be effectively compelled to testify if the trial were to proceed in Ontario (paras. 59, 65 and 79). She recognizes that, at the *forum non conveniens* stage, the burden is on the defendant (para. 46). However, despite the fact that Haaretz provided no evidence regarding the impossibility of compelling Israeli witnesses, she finds that “Haaretz met its burden in establishing a concern as to the fairness of a trial in Ontario” (para. 63). On the basis of this reasoning, she states that the burden of establishing the fairness of the trial in Ontario rested on Mr. Goldhar. With respect, we cannot agree with this change in the law. If we follow this logic, courts in a particular jurisdiction would always need to presume that their own rules of civil procedure dealing with witnesses outside of the jurisdiction would be ineffective. The burden of establishing the fairness of the trial would therefore shift to the plaintiff in all cases involving witnesses outside of the jurisdiction.

[230] Before this Court’s decision in *Van Breda*, the onus of proof in motions to stay based on the doctrine of *forum non conveniens* varied from province to province and depended on how the defendant had been served. In *Van Breda*, this Court indicated that the burden is always on the defendant (para. 103; Pitel and Rafferty, at pp. 121-22). This rule is consistent with the underlying idea that jurisdiction should

outils procéduraux s’offrent à nous pour atténuer les inconvénients concrets qui surviennent dans les cas où les parties se trouvent dans plusieurs ressorts : les affidavits écrits, les dépositions par vidéoconférence, les interrogatoires préalables, les commissions rogatoires, etc. De tels arrangements sont plus pratiques que jamais grâce aux technologies de communication et aux moyens de transport modernes. Sur ce point, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont eu raison de souligner que [TRADUCTION] « on ne peut pas considérer que le recours à la technologie et aux interprètes sape l’équité d’un procès civil » (par. 71). Cela est d’autant plus vrai lorsque le témoignage des personnes appelées à témoigner par vidéoconférence ou avec l’aide d’un interprète ne porte que sur une question secondaire.

[229] En présence d’une preuve non concluante sur l’état du droit israélien, la juge Côté part du principe que les témoins israéliens ne peuvent en fait être contraints à témoigner si le procès devait se dérouler en Ontario (par. 59, 65 et 79). Elle reconnaît qu’à l’étape du *forum non conveniens*, le fardeau de preuve incombe au défendeur (par. 46). Or, même si Haaretz n’a produit aucune preuve concernant l’impossibilité de contraindre les témoins israéliens à témoigner, elle conclut que « Haaretz s’est déchargé de son fardeau d’établir une crainte quant à l’équité d’un procès tenu en Ontario » (par. 63). Elle s’appuie sur ce raisonnement pour mentionner que le fardeau d’établir l’équité du procès en Ontario incombait à M. Goldhar. Soit dit en tout respect, nous ne pouvons souscrire à ce changement du droit. Si nous suivons cette logique, les tribunaux d’un ressort devraient toujours présumer que leurs règles de procédure civile applicables aux témoins venant de l’extérieur seraient inefficaces. Il s’ensuit qu’il incomberait alors au demandeur d’établir le caractère équitable du procès dans tous les cas mettant en cause de tels témoins.

[230] Avant l’arrêt rendu par notre Cour dans *Van Breda*, le fardeau de preuve dans le contexte des requêtes en suspension d’instance fondées sur la doctrine du *forum non conveniens* variait d’une province à l’autre et selon la manière dont le défendeur avait été signifié. Dans *Van Breda*, notre Cour a mentionné que le fardeau incombe en tout temps au défendeur (par. 103; Pitel et Rafferty, p. 121-122). Cette règle

be exercised once it is properly assumed. In addition, our colleague Justice Côté’s approach — according to which the burden shifts where there is a “*prima facie* concern” — would unnecessarily complicate the handling of *forum non conveniens* motions.

[231] For these reasons, the motion judge and the majority of the Court of Appeal were correct to find that this factor, at best, *slightly* favours Israel.

(d) *Loss of Legitimate Juridical Advantage*

[232] The motion judge found that the juridical advantage factor favoured Ontario, as Mr. Goldhar would have access to a jury trial in Ontario. Both the majority and the dissent in the Court of Appeal thought that it was a neutral factor because prior to the motion, Mr. Goldhar had not delivered a jury notice.

[233] However, as our colleague Justice Côté notes, any party in a proceeding in Ontario may deliver a jury notice before the close of pleadings (para. 74). After the Court of Appeal dismissed Haaretz’s appeal, Mr. Goldhar promptly delivered a jury notice. There was therefore a juridical advantage still available to Mr. Goldhar in Ontario. This factor favours Ontario.

(e) *Multiplicity of Proceedings and Conflicting Decisions*

[234] This factor was not considered by the motion judge or the majority in the Court of Appeal. For her part, the dissenting judge pointed out that Mr. Goldhar’s undertaking to limit his claim to his Canadian reputation did not prevent him from bringing an action in another jurisdiction, and that there was a risk of multiplicity of proceedings and conflicting decisions. We disagree. When properly assessed, that risk does not exist in this case.

cadre avec l’idée sous-jacente voulant que le tribunal exerce sa compétence dès lors qu’il s’est déclaré compétent à juste titre. Qui plus est, l’approche de notre collègue la juge Côté — suivant laquelle il y a déplacement du fardeau en présence d’une « préoccupation à première vue » — compliquerait inutilement le traitement des requêtes fondées sur la doctrine du *forum non conveniens*.

[231] Nous en concluons que le juge des requêtes et les juges majoritaires de la Cour d’appel ont eu raison de statuer que ce facteur milite tout au plus *légèrement* en faveur d’Israël.

d) *La perte d’un avantage juridique légitime*

[232] Le juge des requêtes a conclu que le facteur de l’avantage juridique militait en faveur de l’Ontario puisque M. Goldhar pourrait obtenir dans cette province un procès devant jury. Les juges majoritaires et la juge dissidente de la Cour d’appel étaient d’avis qu’il s’agissait plutôt d’un facteur neutre parce que M. Goldhar n’avait pas présenté de demande de procès devant jury avant de déposer la requête.

[233] Toutefois, comme le signale notre collègue la juge Côté, toute partie à une instance en Ontario peut présenter une demande de procès devant jury avant la clôture de la procédure écrite (par. 74). Lorsque la Cour d’appel a rejeté l’appel d’Haaretz, M. Goldhar a rapidement présenté une telle demande. Par conséquent, un avantage juridique s’offrait toujours en Ontario à M. Goldhar. Ce facteur milite donc en faveur de l’Ontario.

e) *La multiplicité des procédures et les décisions contradictoires*

[234] Ni le juge des requêtes ni les juges majoritaires de la Cour d’appel ne se sont penchés sur ce facteur. La juge dissidente, pour sa part, a indiqué que l’engagement pris par M. Goldhar de limiter la portée de son recours à sa réputation canadienne ne l’empêchait pas d’intenter une action dans un autre ressort et qu’il existait donc un risque de multiplicité des procédures et de décisions contradictoires. Nous ne partageons pas son avis. Lorsque ce risque est correctement évalué, on constate qu’il n’existe pas en l’espèce.

[235] Mr. Goldhar’s undertaking limiting his claim to his Canadian reputation ensures that there will be no conflicting decisions. There is also no risk of multiple proceedings. Before this Court, Mr. Goldhar took the position that it would be an abuse of process for him to sue in another jurisdiction. Therefore, no weight should be granted to this factor.

(f) *Enforcement of Judgment*

[236] Finally, the “enforcement of judgment” factor was not considered by the motion judge or the majority in the Court of Appeal. The dissenting judge found that this factor favoured Israel. We disagree. In defamation cases, vindication of the plaintiff’s reputation is often a primary concern, if not *the* primary concern. This stance often renders the enforcement of the final judgment irrelevant to the *forum non conveniens* analysis in defamation cases. As the Ontario Superior Court of Justice stated in *Barrick Gold Corp.*:

It is recognized in defamation cases that the vindication of one’s reputation is as important as any monetary award of damages that might be obtained. For its purposes, Barrick may be quite content with a declaration by a court in Ontario that the statements made by the defendants are untrue even if it cannot recover any damages that might be awarded to it as a consequence. [para. 40]

[237] Contrary to the dissenting judge’s opinion, this factor does not weigh heavily in the analysis in this case.

(3) Conclusion on *Forum Non Conveniens*

[238] In sum, the key factors of applicable law and fairness to the parties weigh heavily in favour of Ontario, while the factor of loss of legitimate juridical advantage also weighs in favour of Ontario. Only the factor of comparative convenience and expense

[235] Le fait que M. Goldhar se soit engagé à limiter la portée de son recours à sa réputation canadienne permet d’éviter les décisions contradictoires. La multiplicité des procédures ne représente pas un risque, elle non plus. M. Goldhar a affirmé devant nous qu’une éventuelle poursuite intentée par lui dans un autre ressort constituerait un abus de procédures. Par conséquent, aucun poids ne devrait être accordé à ce facteur.

f) *L’exécution du jugement*

[236] Enfin, le facteur de « l’exécution du jugement » n’a été pris en compte ni par le juge des requêtes ni par la majorité de la Cour d’appel. De l’avis de la juge dissidente, ce facteur milite en faveur d’Israël. Nous sommes en désaccord. La défense de la réputation du demandeur est souvent l’une des principales préoccupations, sinon *la* principale préoccupation dans les affaires de diffamation. Voilà pourquoi la question de l’exécution du jugement définitif est souvent étrangère à l’analyse relative au *forum non conveniens* dans les affaires de ce genre. Comme l’a indiqué la Cour supérieure de justice de l’Ontario dans la décision *Barrick Gold Corp.* :

[TRADUCTION] Il est reconnu que, dans les affaires de diffamation, la défense de la réputation importe autant que les dommages-intérêts qui peuvent être octroyés. Barrick pourrait bien se contenter, pour des raisons qui lui appartiennent, d’une déclaration d’un tribunal ontarien selon laquelle les propos tenus par les défendeurs sont faux, et ce, même si elle n’arrive pas à recouvrer les dommages-intérêts susceptibles de lui être adjugés en raison de ces propos. [par. 40]

[237] Contrairement à l’avis de la juge dissidente, ce facteur ne pèse pas lourd dans l’analyse en l’espèce.

(3) Conclusion quant au *forum non conveniens*

[238] En somme, les facteurs clés du droit applicable et de l’équité envers les parties militent fortement en faveur de l’Ontario, tandis que le facteur de la perte d’un avantage juridique légitime favorise également cette province. Seul le facteur

for the parties and witnesses favours Israel, and this only slightly so with respect to the witnesses. The enforcement of judgment factor does not weigh heavily in the analysis. As this Court stated in *Black*, “[t]he *forum non conveniens* analysis does not require that all the factors point to a single forum or involve a simple numerical tallying up of the relevant factors. However, it does require that one forum ultimately emerge as *clearly* more appropriate” (para. 37 (emphasis in original)).

[239] Admittedly, it would not be unreasonable to hold a trial to settle this dispute in Israel. But that is not the point. Ontario courts have jurisdiction. Following the *forum non conveniens* analysis, Israel has not emerged as a forum that would be more appropriate than Ontario to hear the case, much less a *clearly* more appropriate forum. This was the high threshold that Haaretz was required to meet in order to displace the forum chosen by the plaintiff and to convince the Ontario courts — whose jurisdiction has been properly assumed — not to exercise their jurisdiction over this matter. Haaretz has not displaced the normal state of affairs, which is that jurisdiction should be exercised once it is properly assumed. Above all else, fairness concerns militate in favour of Mr. Goldhar being able to vindicate his reputation in the place where his Canadian business practices were impugned and the sting of the article was felt by him.

[240] This Court should not lower, through a relaxed application of the “clearly more appropriate” test, the high threshold that it has consistently upheld since *Amchem*. For these reasons, we would dismiss the appeal.

APPENDIX

Soccer / Profile / Long-distance operator

Though he spends most of his time in Canada, Maccabi Tel Aviv owner Mitch Goldhar runs his club down to every

du coût et des inconvénients pour les parties et les témoins milite en faveur d’Israël et il ne favorise ce pays que légèrement dans le cas des témoins. Le facteur de l’exécution du jugement ne pèse pas lourd dans l’analyse. Comme notre Cour l’a indiqué dans l’arrêt *Black*, « [l]’analyse relative au *forum non conveniens* n’exige pas que ces facteurs convergent tous vers un seul et même ressort ou que l’on procède à un simple décompte numérique de ceux-ci. Elle exige toutefois qu’un ressort apparaisse comme étant *nettement* plus approprié » (par. 37 (en italique dans l’original)).

[239] Certes, il ne serait pas déraisonnable de tenir un procès en Israël pour régler le présent litige. Mais là n’est pas la question. Les tribunaux ontariens ont compétence. Au terme de l’analyse relative au *forum non conveniens*, Israël n’est pas ressorti comme un ressort plus approprié — et encore moins comme un ressort *nettement* plus approprié — que l’Ontario pour l’instruction de la présente affaire. Telle était la norme élevée à laquelle Haaretz devait satisfaire afin d’écarter le ressort choisi par le demandeur et de convaincre les tribunaux ontariens, qui se sont à juste titre déclarés compétents, de décliner compétence à l’égard du litige en l’espèce. Haaretz n’a pas été en mesure d’écarter la règle générale, soit que les tribunaux, lorsqu’ils se déclarent à juste titre compétents, doivent exercer leur compétence. Par-dessus tout, des préoccupations liées à l’équité militent en faveur du fait que M. Goldhar puisse rétablir sa réputation là où on a critiqué ses pratiques commerciales au Canada et où il a ressenti l’affront de l’article.

[240] Notre Cour ne devrait pas assouplir, par un relâchement de l’application du critère du ressort « nettement plus approprié », la norme élevée qu’elle a invariablement confirmée depuis l’arrêt *Amchem*. Pour ces motifs, nous rejeterions le pourvoi.

ANNEXE

[TRADUCTION]

Soccer / Profil / Gestionnaire à distance

Bien qu’il passe le plus clair de son temps au Canada, le propriétaire du Maccabi Tel Aviv, Mitch Goldhar, dirige

detail. But could his penny pinching and lack of long term planning doom the team.

by David Marouani

Crises are par for the course at Maccabi Tel Aviv, even when the club appears to be on an even keel. Most of the crises don't make it onto the public's radar, but they have one thing in common: their connection to [*sic*] way that Canadian owner Mitch Goldhar runs the club.

Just over a year ago, Goldhar's representative in Israel, Jack Angelides, complained about the job that Clarice Zadikov, the long-time CFO of the team, was doing. Goldhar's immediate response was to suggest appointing someone to do an identical job, with a slightly different title — but reporting back to the owner. So Tomer Shmuel was appointed commercial manager and Zadikov's authority was slowly eroded. Two months ago, the policy had the desired effect and Zadikov reached an agreement with Angelides over her retirement.

“Mitch's game plan is to wear down anybody who he wants to get rid of, until they've had enough and decide to leave of their own accord,” one club insider told Haaretz this week.

The departure of CEO Uzi Shaya, following the gradual erosion of his powers, is a case in point. “The dismissal of Avi Nimni is the exception that proves the rule,” the same insider said. “For the most part, [Goldhar is] supremely patient. One could even say he's cold and calculated.”

Goldhar is also playing with time in the battle between coach Moti Ivanir and star striker Barak Yitzhaki. Goldhar landed in Israel on Friday, but he opted not to address the spat until Monday evening.

According to club sources, the owner is currently observing the situation and has not yet decided how he will handle this latest crisis. “Whatever happens,” one source said, “he will be remembered as the knight in shining armor who came in and saved the day.”

Goldhar's management model was imported directly from his main business interest — a partnership with Wal-Mart to operate shopping centers in Canada. He even spelled out

son club jusque dans les moindres détails. Se pourrait-il cependant que sa pingrerie et son manque de planification à long terme mènent l'équipe à sa perte?

par David Marouani

Les crises sont monnaie courante chez le Maccabi Tel Aviv, même lorsqu'il semble stable. La plupart des crises demeurent inconnues du public, mais elles ont toutes un point en commun : leur lien avec la façon dont le propriétaire canadien Mitch Goldhar dirige le club.

Il y a un peu plus d'un an, le représentant de M. Goldhar en Israël, Jack Angelides, s'est plaint du travail de Clarice Zadikov, la directrice financière de longue date de l'équipe. La réponse immédiate de M. Goldhar a été de proposer la nomination d'une autre personne, dotée d'un titre légèrement différent, pour faire un travail identique. Cette personne relèverait directement du propriétaire. C'est ainsi que Tomer Shmuel a été nommé directeur commercial et que le pouvoir de Mme Zadikov s'est lentement effrité. Il y a deux mois, le stratagème a porté ses fruits et Mme Zadikov a conclu une entente avec M. Angelides concernant son départ à la retraite.

« Le plan de Mitch consiste à user toute personne dont il veut se débarrasser jusqu'à ce que celle-ci en ait assez et décide de partir de son plein gré », a affirmé cette semaine un membre du club à Haaretz.

Le départ du PDG Uzi Shaya, à la suite d'une érosion graduelle de ses pouvoirs, en est la preuve. Toujours selon notre observateur, « le congédiement d'Avi Nimni est l'exception qui confirme la règle. En général, [M. Goldhar est] extrêmement patient. On pourrait même dire qu'il est froid et calculateur. »

M. Goldhar cherche également à gagner du temps dans le conflit qui oppose l'entraîneur Moti Ivanir et l'attaquant vedette Barak Yitzhaki. M. Goldhar est arrivé en Israël vendredi, mais il a choisi de ne pas aborder la question avant le lundi soir.

Selon des sources au sein du club, le propriétaire observe la situation et n'a pas encore décidé comment il s'attaquera à cette plus récente crise. D'après une source, « quoi qu'il arrive, on se rappellera de lui comme du chevalier à l'armure étincelante qui a sauvé la situation ».

Le modèle de gestion adopté par M. Goldhar s'inspire directement de son principal intérêt commercial, soit un partenariat avec Wal-Mart en vue de l'exploitation de

his managerial vision in a leaflet distributed to fans ahead of Sunday night's derby against Hapoel Tel Aviv.

“By dealing with disciplinary matters, commitment and the right approach,” he wrote, “we are now at the dawn of a cultural revolution — a process of building a new sporting culture.”

Within the club, however, there are those who believe that Goldhar's managerial culture is based on overconcentration bordering on megalomania, penny-pinching and a lack of long-term planning.

“With all due respect to ‘cultural revolutions’, the gap between Maccabi Tel Aviv and Maccabi Haifa is getting wider since he arrived,” said one team insider.

And with all due respect to Angelides, everyone at Maccabi knows that it's a one-man show. Anything that Goldhar's Cypriot lieutenant says to the players or to the coaching staff is prefixed by the words “Mitch says. . .”

When Ivanir read the riot act to his players at a meeting in Caesarea last week, almost every sentence included the phrase, “the owner told me that. . .”

Despite running the club from afar, decisions are only made once Goldhar has given them the green light. He was even involved in the minute details of the search for a location for the club's new souvenir shop.

“I want to invest in branding the store,” he told his employees over a year ago. For months, he was presented with dozens of potential locations for the store in north Tel Aviv, but rejected them all. In the end, he decided to renovate the mobile home in the south of the city where the store is currently located.

Do as your boss says

Goldhar boasts to his business contacts in Toronto that he is not only the owner of Maccabi Tel Aviv but also its soccer director. The last time he was in Israel, he brought Ivanir into his office and tried to tell him how the team should be playing. “[Haris] Medunjanin should be playing in the same position that he plays for the [Bosnian] national team,” Goldhar reportedly told his coach. In fact, it

centres commerciaux au Canada. M. Goldhar a même énoncé sa vision dans un dépliant distribué aux partisans avant le match de dimanche soir contre le Hapoel Tel Aviv.

Il y écrit : « En nous attaquant aux questions de discipline, à l'engagement et en ayant la bonne approche, nous sommes à l'aube d'une révolution culturelle qui nous aidera à bâtir une nouvelle culture sportive. »

Cependant, au sein du club, certains croient que la culture de gestion de M. Goldhar repose sur une surconcentration frôlant la mégalomanie, la pingrerie et le manque de planification à long terme.

« Malgré tout le respect que je porte aux “révolutions culturelles”, l'écart entre le Maccabi Tel Aviv et le Maccabi Haifa se creuse depuis son arrivée », soutient un membre de l'équipe.

Et malgré tout le respect que je porte à M. Angelides, tout le monde au Maccabi sait qu'il s'agit d'un spectacle solo. Tout ce que le lieutenant chypriote de M. Goldhar dit aux joueurs ou au personnel d'entraîneurs commence par les mots « Mitch dit. . . ».

La semaine dernière, lorsque M. Ivanir a lu les dispositions législatives sur les émeutes à ses joueurs lors d'une réunion à Césarée, presque toutes ses phrases commençaient par « le propriétaire m'a dit que. . . ».

Même si le club est géré à distance, les décisions ne sont prises que lorsque M. Goldhar les approuve. Ce dernier a même pris part à chacune des étapes de la recherche de l'emplacement d'une nouvelle boutique de souvenirs pour le club.

« Je veux investir dans l'image de marque de la boutique », a-t-il dit à ses employés il y a plus d'un an. Pendant des mois, on lui a présenté des dizaines d'emplacements potentiels pour la boutique au nord de Tel Aviv, mais il les a tous rejetés. Il a finalement décidé de rénover la maison mobile au sud de la ville où se trouve actuellement la boutique.

Fais ce que ton patron te dit

M. Goldhar se vante auprès de ses relations d'affaires à Toronto du fait qu'il est non seulement le propriétaire du Maccabi Tel Aviv, mais aussi son directeur des opérations soccer. La dernière fois qu'il est allé en Israël, il a fait venir M. Ivanir dans son bureau pour lui dire comment l'équipe devrait jouer. « [Haris] Medunjanin devrait jouer à la même position que celle qu'il occupe au sein de

was at Goldhar's suggestion that Medunjanin was returned to the starting line-up at the expense of Gal Alberman. "Ivanir doesn't know how to respond in these situations," says a club source. "But he believes that he really should do as his boss suggested — even if that boss knows nothing about soccer."

This week, too, in the aftermath of the defeat in Sunday's derby match, Goldhar got involved.

"You showed that you've got the ability," he told the players, "but you seem to have misplaced the character that you showed at the start of the season. I am convinced that you still have that character and now's the time that you have to show it."

Goldhar has invested hundreds of millions of shekels in Maccabi since he arrived on scene some two and a half years ago, but club sources say that he borders on the frugal when it comes to the managerial side of the club. When Angelides was first offered a job, for example, Goldhar did not see fit to offer him a company car. Angelides complained bitterly but silently about this, until he eventually persuaded one of the team's sponsors to provide him with a vehicle — without Goldhar's knowledge.

In an interview with Yedioth Ahronoth's Nahum Barnea, Goldhar spoke about how much he values the work done behind the scenes by the club's equipment manager, David Zachi, who earns a fraction of the salary of the players. What he failed to point out, however, is that he has steadfastly refused to raise Zachi's measly pay by just a few hundred shekels. To Goldhar's credit, it should be noted that, when it comes to frugality, he practices what he preaches: he rented a dingy apartment for himself in Tel Aviv and he drives nothing more fancy than a Hyundai Getz.

Goldhar, according to club insiders, thrives on the media attention that Maccabi brings him. Despite the fact that he planned his latest visit to Israel well in advance, for example, and the crew aboard his private jet was briefed a week in advance, he made sure that the media were kept in the dark, in order to create an aura of expectation.

When Maccabi played against Panathinaikos earlier this season, he read everything that was written about him [*sic*] the Greek press and even cut out a cartoon of him that

l'équipe nationale [de Bosnie] », aurait dit M. Goldhar à son entraîneur. En fait, c'est à la demande de M. Goldhar que M. Medunjanin est retourné au sein de l'alignement de départ aux dépens de Gal Alberman. « M. Ivanir ne sait pas comment réagir en pareilles circonstances », a dit une source au sein du club. « Il croit toutefois qu'il doit vraiment faire ce que son patron lui dit, même si ce dernier ne connaît rien au soccer. »

Cette semaine, encore une fois, dans la foulée de la défaite lors du match de dimanche, M. Goldhar a mis son grain de sel.

Il a dit aux joueurs : « Vous avez démontré que vous étiez capables de gagner, mais il semble que vous ayez oublié la force de caractère dont vous avez fait preuve au début de la saison. Je suis convaincu que vous avez toujours cette force et il est maintenant temps de la montrer. »

M. Goldhar a investi des centaines de millions de shekels dans le Maccabi depuis son arrivée il y a environ deux ans et demi, mais des sources au sein du club affirment qu'il frôle le dépouillement lorsqu'il est question de la gestion même du club. Par exemple, lorsque M. Angelides s'est vu offrir un emploi, M. Goldhar n'a pas jugé bon de lui offrir une voiture de fonction. M. Angelides, amer, s'est plaint en silence jusqu'à ce qu'il convainque un des commanditaires de l'équipe de lui fournir un véhicule, à l'insu de M. Goldhar.

Lors d'une entrevue accordée à Nahum Barnea de Yedioth Ahronoth, M. Goldhar a insisté sur son appréciation du travail fait en coulisse par le préposé à l'équipement de l'équipe, David Zachi, qui gagne une fraction du salaire des joueurs. Il a toutefois omis de souligner qu'il a systématiquement refusé d'augmenter le maigre salaire de M. Zachi de seulement quelques centaines de shekels. À la décharge de M. Goldhar, il convient toutefois de noter qu'en matière de dépouillement, il allie le geste à la parole : il a loué pour lui-même un appartement miteux à Tel Aviv, et il ne conduit rien de plus luxueux qu'une Hyundai Getz.

Selon des observateurs au sein du club, M. Goldhar carbure à l'attention médiatique que lui procure le Maccabi. Par exemple, bien qu'il ait planifié sa plus récente visite en Israël longtemps d'avance et que le personnel de son jet privé en ait été informé une semaine à l'avance, il a vu à ce que les médias n'en soient pas informés afin de créer une aura de mystère.

Quand le Maccabi a joué contre le Panathinaikos plus tôt cette saison, il a lu tout ce qui s'est dit sur lui dans la presse grecque et a même découpé une caricature de lui-même

appeared in one [*sic*] the paper, asking all his employees whether it was flattering. He also has articles in which his name appears translated into English.

Despite his many statements, Goldhar does not have a long-term plan for the team. The only plan he has presented so far has been to upgrade the club's training facility, but that still hasn't happened. The only changes he has made have been to the youth team set-up, and he often boasts about that team's accomplishments.

This has become a sore point with former owner Alex Shnaider, who complained that Goldhar was taking credit for a five-year plan that was implemented before he even arrived at the club.

As for his long-term future, Goldhar says that he's here to stay. "He is so keen to prove to everybody that his business model can work that he won't leave until he's won at least a league championship," according to one of his close associates.

There are those, however, who see things differently. Goldhar plays soccer at least once a week in Toronto with Ilan Sa'adi, a former professional player and close friend. One of the people who plays with them says that, between the lines, there are clear signs that Goldhar is getting frustrated with Maccabi.

"He's very distressed at the way the team is playing," the source says. "If I understand him correctly, he will give the team until the end of this season to win the championship and then he'll start looking for someone to take Maccabi off his hands."

Goldhar declined to comment for this article.

Appeal allowed with costs throughout, McLACHLIN C.J. and MOLDAVER and GASCON JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the respondent: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Julian Porter, Q.C., Toronto.

Solicitor for the intervener: University of Ottawa, Ottawa.

parue dans un journal, et il a demandé à tous ses employés si elle était flatteuse. Il a même fait traduire en anglais des articles dans lesquels son nom apparaissait.

Malgré ses nombreuses déclarations, M. Goldhar n'a pas de plan à long terme pour l'équipe. Le seul plan qu'il a présenté jusqu'à maintenant vise à rénover le centre d'entraînement, mais cela ne s'est toujours pas produit. Les seuls changements qu'il a apportés touchent la constitution de l'équipe d'espoirs, et il se vante souvent des résultats de cette équipe.

Ce plan est devenu un point de discorde avec l'ancien propriétaire Alex Shnaider, qui s'est plaint que M. Goldhar s'attribuait le mérite d'un plan quinquennal qui avait été mis en place avant même son arrivée au sein du club.

En ce qui concerne son avenir à long terme, M. Goldhar dit qu'il est là pour de bon. « Il veut tellement montrer à tout le monde que son modèle d'affaires peut fonctionner qu'il ne partira pas avant d'avoir gagné au moins un championnat de la ligue », soutient un de ses proches collaborateurs.

Il y a toutefois des gens qui voient les choses autrement. M. Goldhar joue au soccer au moins une fois par semaine à Toronto avec Ilan Sa'adi, un ancien joueur professionnel et un ami proche. Un autre membre de cette équipe affirme qu'entre les lignes, il y a des signes évidents de la frustration de M. Goldhar envers le Maccabi.

« Il est très perturbé par la façon dont joue l'équipe », selon une source. « Si j'ai bien compris, il donne à l'équipe jusqu'à la fin de la saison pour remporter le championnat, puis il commencera à chercher quelqu'un pour reprendre les rênes du Maccabi. »

M. Goldhar a décliné notre demande de commentaires pour cet article.

Pourvoi accueilli avec dépens dans toutes les cours, la juge en chef McLACHLIN et les juges MOLDAVER et GASCON sont dissidents.

Procureurs des appelants : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Julian Porter, c.r., Toronto.

Procureur de l'intervenante : Université d'Ottawa, Ottawa.

Ville de Montréal *Appellant*

v.

**Davide Lonardi, Simon Côté Béliveau,
Jonathan Franco and Jean-François Hunter**
Respondents

- and -

Ville de Montréal *Appellant*

v.

Ali Rasouli *Respondent*

- and -

Ville de Montréal *Appellant*

v.

**Mohamed Moudrika, Jean-Philippe Forest
Munguia and Jonathan Beaudin Naudi**
Respondents

- and -

Ville de Montréal *Appellant*

v.

**Éric Primeau, Steve Chaperon, Illiasse
Iden, Johnny Davin, Natna Nega,
Nathan Bradshaw and Maxime Favreau
Courtemanche** *Respondents*

- and -

Ville de Montréal *Appellant*

v.

Natna Nega *Respondent*

- and -

Ville de Montréal *Appelante*

c.

**Davide Lonardi, Simon Côté Béliveau,
Jonathan Franco et Jean-François Hunter**
Intimés

- et -

Ville de Montréal *Appelante*

c.

Ali Rasouli *Intimé*

- et -

Ville de Montréal *Appelante*

c.

**Mohamed Moudrika, Jean-Philippe Forest
Munguia et Jonathan Beaudin Naudi**
Intimés

- et -

Ville de Montréal *Appelante*

c.

**Éric Primeau, Steve Chaperon, Illiasse
Iden, Johnny Davin, Natna Nega, Nathan
Bradshaw et Maxime Favreau Courtemanche**
Intimés

- et -

Ville de Montréal *Appelante*

c.

Natna Nega *Intimé*

- et -

Ville de Montréal *Appellant*

v.

Benjamin Kinal, Jonathan Beaudin Naudi, Simon Légaré and Daniel Daoust
Respondents

INDEXED AS: MONTRÉAL (VILLE) v. LONARDI**2018 SCC 29**

File No.: 37184.

2017: October 3; 2018: June 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil liability — Apportionment of liability — Damages — Solidarity — Civil action being instituted against rioters for damage done to patrol cars — Whether rioters are solidarily liable for whole of damage done to patrol car during riot because they jointly took part in wrongful act within meaning of art. 1480 of Civil Code of Québec — Whether rioters committed common fault or contributory faults as result of which they are solidarily liable under art. 1526 of Civil Code of Québec — Whether rioters are liable in solidum — Civil Code of Québec, arts. 1480, 1526.

On the night of April 21, 2008, the Montréal Canadiens were playing the Boston Bruins in the playoffs. When the Canadiens won the game and eliminated their archrivals, the jubilant crowd went out to celebrate downtown. The spontaneous gathering was initially festive, but turned into a riot as the evening progressed. Numerous acts of mischief were committed over a period of more than three hours. These included the vandalizing of 15 patrol cars belonging to the police department of Ville de Montréal (“City”). Nine of the cars were total losses; the other six required major repairs.

The police investigation, helped in particular by photographs and videos, led to the identification and arrest of a number of rioters, including about 20 people who had damaged or destroyed several of the City’s patrol cars. The City decided to institute one civil action per vehicle, with the exception of one action relating to two vehicles that had been damaged by two individuals acting in concert.

Ville de Montréal *Appelante*

c.

Benjamin Kinal, Jonathan Beaudin Naudi, Simon Légaré et Daniel Daoust *Intimés*

RÉPERTORIÉ : MONTRÉAL (VILLE) c. LONARDI**2018 CSC 29**

N° du greffe : 37184.

2017 : 3 octobre; 2018 : 8 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Responsabilité civile — Partage de la responsabilité — Dommages-intérêts — Solidarité — Recours civil intenté contre des émeutiers pour des dommages causés à des autos-patrouilles — Les émeutiers sont-ils solidairement responsables de la totalité des dommages causés à une auto-patrouille pendant l’émeute en raison de leur participation à un fait collectif fautif au sens de l’art. 1480 du Code civil du Québec? — Les émeutiers ont-ils commis une faute commune ou des fautes contributives qui les rendent solidairement responsables au sens de l’art. 1526 du Code civil du Québec? — Les émeutiers sont-ils responsables in solidum? — Code civil du Québec, art. 1480, 1526.

Le soir du 21 avril 2008, les Canadiens de Montréal affrontent les Bruins de Boston dans le cadre des séries éliminatoires. Quand les Canadiens l’emportent et éliminent leurs grands rivaux, la foule en liesse sort célébrer au centre-ville. D’abord festif, le rassemblement spontané se transforme en émeute au fil de la soirée. De nombreux méfaits sont commis, et ce, pendant plus de trois heures. Entre autres, 15 autos-patrouilles du service de police de la Ville de Montréal sont vandalisées. Neuf d’entre elles constituent des pertes totales; six autres nécessitent des réparations importantes.

Grâce notamment à des images photo et vidéo, l’enquête policière permet d’identifier et d’arrêter un certain nombre d’émeutiers. Parmi eux, on trouve une vingtaine de personnes qui ont endommagé ou détruit plusieurs des autos-patrouilles de la Ville. Cette dernière décide alors d’intenter un recours civil pour chaque véhicule, à l’exception d’un recours visant deux véhicules endommagés par

In each action, it grouped together all the identified rioters who had done damage to the vehicle or vehicles in question. It sought to have the defendants in each case held solidarily liable for the whole of the damage done to the specific patrol car and to its equipment, regardless of the nature or seriousness of the wrongful act each of them had committed.

In the six cases at issue in this appeal, the Court of Québec ordered each defendant to make reparation for the specific damage caused by his own acts. It declined to find the defendants in each action solidarily liable, with the exception of two defendants who had acted together to set fire to a patrol car. It also ordered each defendant to pay punitive damages. In a unanimous decision, the Court of Appeal held that the facts of these cases did not support the application of arts. 1480 and 1526 of the *Civil Code of Québec*, which provide for solidarity in cases of extracontractual fault.

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

Per McLachlin C.J. and Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown and Rowe JJ.: In Quebec civil law, solidarity is not presumed. In cases of extracontractual fault, solidarity exists only where it is provided for by law. Articles 1480 and 1526 of the *Code* set out the circumstances in which there is a solidary obligation to make reparation for injury caused by an extracontractual fault.

In the case of art. 1480 *C.C.Q.*, two conditions must be met for it to apply. First, it must be impossible to determine which person actually caused the injury. Second, there must have been either “join[t participation] in a wrongful act which has resulted in injury” or “separate faults each of which may have caused the injury”. These two conditions that must be met for art. 1480 *C.C.Q.* to apply are cumulative.

The words “in either case” in art. 1480 *C.C.Q.* indicate that the article imposes solidarity only where it is impossible to determine who committed the fault that caused the injury and that this is true in both of the situations in which this article applies: that of joint participation in a wrongful act and that of separate faults. This is the interpretation that is most consistent with the words of the article as well as with the scheme and object of the statute and the intention of the legislature. It is consistent with the scheme of our civil liability system to interpret art. 1480 *C.C.Q.* such that, in every case, solidarity can be imposed only if it is impossible to identify the person who committed the

deux individus agissant de concert. Dans chaque action, la Ville regroupe tous les émeutiers identifiés qui ont endommagé le ou les véhicules visés. Peu importe la nature ou la gravité du geste fautif de chacun des défendeurs, elle recherche une condamnation solidaire pour l'ensemble des dommages causés à l'auto-patrouille concernée et à son équipement.

Dans les six dossiers qui font l'objet du présent pourvoi, la Cour du Québec a condamné chaque défendeur à réparer le dommage précis causé par ses propres actes. Elle a refusé de condamner solidairement les défendeurs à chaque action, à l'exception de deux d'entre eux qui ont mis ensemble le feu à une auto-patrouille. Elle a également condamné chacun des défendeurs au paiement de dommages-intérêts punitifs. Dans un arrêt unanime, la Cour d'appel a confirmé que les faits de l'espèce ne justifient pas l'application des art. 1480 et 1526 du *Code civil du Québec* qui prévoient la solidarité en matière de fautes extracontractuelles.

Arrêt (la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown et Rowe : La solidarité ne se présume pas en droit civil québécois. En matière de fautes extracontractuelles, il n'y a solidarité que lorsque la loi le prévoit. Aux art. 1480 et 1526, le *Code* précise les circonstances où l'obligation de réparer le préjudice est solidaire en cas de fautes extracontractuelles.

Aux fins de l'art. 1480 *C.c.Q.*, deux conditions doivent être réunies pour que cet article trouve application. Premièrement, il faut qu'il soit impossible de déterminer quelle personne a effectivement causé le préjudice. Deuxièmement, il faut qu'il y ait soit « un fait collectif fautif qui entraîne un préjudice », soit « des fautes distinctes dont chacune est susceptible d'avoir causé le préjudice ». Ces deux conditions d'application de l'art. 1480 *C.c.Q.* sont cumulatives.

En raison de la présence de la locution « dans l'un ou l'autre cas » à l'art. 1480 *C.c.Q.*, cette disposition n'impose la solidarité que lorsqu'il est impossible de déterminer l'auteur de la faute ayant causé le préjudice, et ce, dans les deux situations visées par cet article, soit le fait collectif fautif et les fautes distinctes. Il s'agit de l'interprétation la plus fidèle au libellé de l'article ainsi qu'à l'économie de la loi, à son objet et à l'intention du législateur. Interpréter l'art. 1480 *C.c.Q.* d'une manière qui a pour effet d'exiger, dans tous les cas, qu'il soit impossible d'identifier l'auteur de la faute ayant causé le préjudice pour que la solidarité puisse être imposée est conforme à l'économie de notre

fault that caused the injury. To limit this outcome to cases involving separate faults, while excluding those involving joint participation in wrongful acts from the scope of this provision, would place the provision in conflict with the central role of causation in the scheme of extracontractual liability established by the *Code*.

It was in the name of fairness that the legislature chose not to leave a victim without recourse where two or more persons have jointly taken part in a wrongful act or have committed separate faults and it is impossible to determine who committed the fault that actually caused the injury. Article 1480 *C.C.Q.* thus has the effect, where the conditions for its application are met, of shifting the burden of proof with respect to causation. But it does not justify holding a defendant liable for damage that is known not to have been caused by his or her fault on the basis that the victim cannot identify the person who caused the damage in question.

Article 1480 *C.C.Q.* concerns, in part, joint participation in wrongful acts. However, although the current legislative provisions governing extracontractual solidarity do codify the pre-existing case law, it would be wrong to say that all the decisions in which the term “common venture” was used would now automatically fall within the scope of art. 1480 *C.C.Q.* It is under art. 1526 *C.C.Q.*, not under art. 1480 *C.C.Q.*, that solidary liability can now be imposed on those who commit common or contributory faults where the evidence shows which person committed the fault that actually caused the injury, for which the courts formerly sometimes used the expression “common venture”.

The existence of a common intention is required for the concept of joint participation in a wrongful act in the context of the new scheme of art. 1480 *C.C.Q.*, just as it was for the common venture concept in that of the former *Code*. This intention may be tacit, but at the very least, the defendant must have been aware of the acts or omissions that constituted the wrongful act and must have intended to take part in them. In determining whether there was a common intention, a court should avoid defining the wrongful act so broadly that the common intention no longer bears any relation to reality. The specific circumstances of the cases at issue in this appeal do not show that the rioters acted with a common intention, either express or tacit. There is no doubt that groups formed in the course of the riot. But the trial judge held in analyzing the evidence that this was not true where the respondents were concerned. With a few exceptions, which the judge rightly dealt with differently, the respondents did not know and were never in contact with one another, and their acts were committed

système de responsabilité civile. Limiter cette éventualité aux seuls cas de fautes distinctes, et exclure les cas de fait collectif fautif de la portée de cette disposition, mettrait celle-ci en porte-à-faux avec le rôle central du lien de causalité dans le régime de responsabilité extracontractuelle établi par le *Code*.

C’est par souci d’équité que le législateur choisit de ne pas laisser les victimes sans recours en cas de fait collectif fautif ou de fautes distinctes quand il est impossible de déterminer qui est l’auteur de la faute ayant effectivement causé le préjudice. L’article 1480 *C.c.Q.* a ainsi pour effet, quand ses conditions d’application sont remplies, d’opérer un renversement du fardeau de la preuve pour ce qui est de la causalité. Or, cet article ne permet pas d’imposer à un défendeur la responsabilité d’un dommage que l’on sait ne pas avoir été causé par sa faute au motif que la victime ne peut retrouver l’auteur de ce dommage.

L’article 1480 *C.c.Q.* vise notamment le fait collectif fautif. Toutefois, si les dispositions législatives actuelles régissant la solidarité en matière extracontractuelle codifient la jurisprudence antérieure, il serait erroné d’affirmer que toutes les décisions dans lesquelles était utilisé le terme « aventure commune » relèveraient automatiquement aujourd’hui du champ d’application de l’art. 1480 *C.c.Q.* C’est en vertu de l’art. 1526 *C.c.Q.* que l’on obtient aujourd’hui la condamnation solidaire des auteurs de fautes communes ou contributives lorsque la preuve révèle quelle personne a commis la faute qui a causé le préjudice, situations que la jurisprudence antérieure qualifiait parfois d’« aventures communes », et non par l’entremise de l’art. 1480 *C.c.Q.*

Au même titre que la notion d’aventure commune sous l’ancien *Code*, la notion de fait collectif fautif prévue sous le nouveau régime de l’art. 1480 *C.c.Q.* requiert l’existence d’une intention commune. Celle-ci peut être tacite, mais il faut à tout le moins que le défendeur ait eu connaissance des faits ou omissions ayant constitué le fait collectif fautif et ait entendu y participer. Pour déterminer si cette intention commune existe, le tribunal doit par ailleurs éviter de définir trop largement le fait collectif fautif, d’une façon qui priverait l’intention commune de toute réalité. Les circonstances particulières des dossiers en cause dans ce pourvoi ne démontrent pas que les émeutiers ont agi dans une intention commune, expresse ou tacite. Il ne fait pas de doute que certains groupes se sont formés au cours de l’émeute. Le premier juge a toutefois conclu de son analyse de la preuve que ce n’était pas le cas des intimés. Sauf rares exceptions, que le juge a à juste titre traitées différemment, les intimés ne se connaissaient pas, n’ont jamais été en communication et ont agi à des moments

at different times during the riot without the knowledge of the other respondents. These are findings of fact that are not open to review on appeal unless a palpable and overriding error was made in making them. They are valid regardless of whether the wrongful act was participation in the riot or participation in the total destruction of a vehicle.

It follows that, for two compelling reasons, the respondents cannot be found solidarily liable under art. 1480 *C.C.Q.* First, the trial judge found that the evidence made it possible to link each of the faults committed by the respondents to a specific injury. This finding is amply supported by the evidence that was considered in each case. Second, the faults of the respondents involved in each of the actions instituted by the City did not constitute joint participation in a wrongful act given that the respondents in question did not have a common intention.

As to art. 1526 *C.C.Q.*, for it to apply, the fault of two or more persons must have caused a single injury. Given that the trial judge made no palpable and overriding error that would taint his finding that a single injury did not result from the rioters' separate faults, there is no reason to intervene. The trial judge found no causal connection between each respondent's participation in the riot and the total destruction of the patrol cars. Rather, he found that there were many distinct and identifiable injuries, each caused by a fault that was just as distinct and identifiable, and that he linked to a particular rioter. At most, the rioters' faults contributed to the context in which the patrol cars were subsequently destroyed. While it is true that a fault that is not causally connected to the damage in question cannot ground an obligation to make reparation for the injury, it can nonetheless, as in these cases, form the basis for an award of punitive damages. However, the trial judge's remarks in this regard cannot be taken out of context and used to contradict his clear finding that there was no causal connection between each rioter's faults and the whole of the injury that was suffered.

Finally, neither the academic literature nor the case law includes cases in which the principles related to the obligation *in solidum* have been applied to faults that are, as in the instant cases, exclusively extracontractual. Unlike in cases involving separate contractual faults or faults that are both contractual and extracontractual, the solidarity of debtors who have committed extracontractual faults is governed by a complete legislative framework set out in arts. 1480 and 1526 *C.C.Q.* It is not appropriate to circumvent the comprehensive legislative scheme governing

différents au cours de l'émeute, sans que les autres intimés en aient connaissance. Il s'agit de conclusions de fait qui ne peuvent être révisées en appel en l'absence d'erreur manifeste et déterminante à cet égard. Ces conclusions demeurent valides, peu importe que le fait collectif fautif soit la participation à l'émeute ou la participation à la destruction totale d'un véhicule.

Il s'ensuit qu'ici, l'art. 1480 *C.c.Q.* ne permet pas de conclure à la responsabilité solidaire des intimés, et ce, pour deux raisons décisives. Premièrement, le juge de première instance a conclu que la preuve permet de rattacher chacune des fautes commises par les intimés à un préjudice précis. Dans chaque dossier, la preuve analysée supporte amplement cette conclusion. Deuxièmement, les fautes des intimés dans chacune des actions intentées par la Ville ne constituent pas un fait collectif fautif en l'absence d'intention commune de la part des intimés.

En ce qui a trait à l'art. 1526 *C.c.Q.*, pour que cet article trouve application, la faute de deux personnes ou plus doit avoir causé un préjudice unique. En l'absence d'erreur manifeste et déterminante qui entacherait la conclusion du premier juge selon laquelle il n'existe pas de préjudice unique découlant des fautes distinctes des émeutiers, il n'y a pas lieu d'intervenir. Le premier juge n'a pas trouvé de lien de causalité entre la participation de chacun des intimés à l'émeute et la destruction totale des autos-patrouilles. Il a plutôt conclu à l'existence d'une multitude de préjudices distincts et identifiables, chacun d'eux ayant été causé par une faute tout aussi distincte et identifiable qu'il a rattachée à un émeutier particulier. Les fautes des émeutiers ont, tout au plus, contribué au contexte dans lequel la destruction subséquente des autos-patrouilles est survenue. Si une faute qu'aucun lien de causalité ne rattache au dommage invoqué ne peut fonder une obligation de réparer le préjudice, elle peut néanmoins justifier l'octroi de dommages-intérêts punitifs, comme en l'espèce. On ne peut cependant utiliser hors contexte les commentaires du premier juge à cet égard afin de contredire sa conclusion claire concernant l'absence de lien causal entre les fautes de chaque émeutier et le préjudice global subi.

Enfin, ni la doctrine ni la jurisprudence ne font état de cas où l'on aurait appliqué les principes de l'obligation *in solidum* en matière de fautes exclusivement extracontractuelles comme en l'espèce. Contrairement aux situations qui mettent en cause des fautes contractuelles distinctes ou des fautes à la fois contractuelles et extracontractuelles, le législateur a établi aux art. 1480 et 1526 *C.c.Q.* un cadre législatif complet pour régir la solidarité des débiteurs qui ont commis des fautes extracontractuelles. Il ne convient pas de contourner le régime législatif exhaustif qui encadre

solidarity in cases of extracontractual fault and to seek to obtain similar effects by way of liability *in solidum*.

Per Côté J. (dissenting): Rioters who act together to do damage to property must be held solidarily liable for reparation of the whole of the injury suffered by the victim in respect of that property. In the circumstances, the conduct of all the individuals who took part in the destruction of a given patrol car constituted joint participation in a wrongful act. Their conduct ultimately led to the total loss of the vehicle, and these individuals are therefore solidarily liable for reparation of that injury under art. 1480 *C.C.Q.*

Article 1480 is new law. It codified the case law from before the *Civil Code of Québec* came into force. It is clear from the case law in question that it is not necessary, in order to find the rioters solidarily liable, to establish that they had a clear intention to commit mischief or had plotted to do so. When the *Civil Code of Lower Canada* was in force, the courts did not hesitate to impose joint and several liability on a group of persons who had acted spontaneously, but whose actions or attitudes were connected with and inseparable from the damage the victim had suffered. It is thus possible, in cases involving spontaneous acts, to find that a collective fault has been committed even though the group did not plan its actions in advance or expressly agree to them.

The riot of April 21, 2008, viewed as a whole, cannot constitute joint participation in a wrongful act, as it was an event that was too vast for there to be a sufficient nexus between the actions of all the participants. Every person who committed a fault that night could not be found solidarily liable for the whole of the damage. This does not mean that wrongful acts in which smaller groups jointly took part during the riot cannot be identified, though. But the trial judge did not decide this issue.

In these cases, small groups of individuals did in fact form during the riot. Each of those groups attacked a single patrol car until it was completely destroyed. Given the individual conduct of the persons who did damage to the same property together with the bandwagon atmosphere that resulted, there is no doubt that their actions, whose ultimate purpose was, collectively, to destroy a single patrol car, were connected. Though the acts were not identical and were not always committed at exactly the same time, they were a series of related acts that were committed in the same place within a short period of time

la solidarité en matière de fautes extracontractuelles et de chercher à obtenir des effets similaires au moyen de la responsabilité *in solidum*.

La juge Côté (dissidente) : Des émeutiers qui endommagent ensemble un même bien doivent être tenus solidairement à la réparation de l'entière du préjudice subi par la victime quant à ce bien. Dans les circonstances, la conduite des individus qui ont participé à la destruction d'une même auto-patrouille constituait un fait collectif fautif. Cette conduite a ultimement entraîné la perte totale du véhicule et, en conséquence, ces individus sont tenus solidairement à la réparation de ce préjudice aux termes de l'art. 1480 *C.c.Q.*

L'article 1480 est une disposition de droit nouveau, qui a codifié la jurisprudence applicable avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. Or, cette jurisprudence indique clairement qu'il n'est pas nécessaire, pour que les émeutiers puissent être condamnés solidairement, d'établir qu'ils avaient l'intention claire de commettre un méfait, ou qu'ils s'étaient concertés en vue de le faire. À l'époque du *Code civil du Bas-Canada*, les tribunaux n'hésitaient pas à condamner solidairement un groupe de personnes ayant agi spontanément, mais dont les actions ou attitudes étaient reliées par une connexité et leur caractère inséparable avec le dommage subi par la victime. Il est donc possible de conclure à l'existence d'une faute collective en cas d'actes spontanés, sans qu'il y ait eu planification préalable des actions du groupe ou accord exprès à leur égard.

Considérée dans son ensemble, la manifestation du 21 avril 2008 ne saurait constituer un fait collectif fautif puisqu'il s'agit d'un événement trop vaste pour qu'il existe une connexité suffisante entre les actions de tous les participants. Toutes les personnes qui ont commis une faute ce soir-là ne sauraient être condamnées solidairement pour l'ensemble des dommages causés. Cela ne signifie toutefois pas qu'il soit impossible d'identifier un fait collectif fautif commis par des groupes plus restreints dans le cours de l'émeute. Or, le juge de première instance n'a pas tranché cette question.

En l'espèce, des groupes restreints d'individus se sont effectivement formés au cours de l'émeute. Chacun de ces groupes s'est acharné sur une même auto-patrouille jusqu'à ce qu'elle soit complètement détruite. La conduite individuelle des personnes ayant endommagé un même bien, conjuguée à l'atmosphère d'entraînement ainsi créée, démontre un lien de connexité indéniable entre leurs actions qui visaient ultimement, ensemble, à détruire une même auto-patrouille. Sans être des actes identiques commis exactement au même moment, il s'agit d'une série d'actions connexes, commises au même endroit, à

and in relation to the same property. The persons who participated in the destruction of a given patrol car thus jointly took part in a wrongful act. Moreover, their joint participation in a wrongful act resulted in injury: the total loss of the patrol car.

It is not a matter here of questioning the trial judge's findings that the riot as a whole was not a common venture and that there was no causal connection between the riot as a whole and the destruction of the various vehicles. However, the trial judge erred in law in defining joint participation in a wrongful act. His findings of fact lead to the conclusion that the rioters in question jointly took part in wrongful acts during the riot and that each of the acts they took part in resulted in the destruction of a patrol car. All in all, those findings were sufficient to hold the rioters in question solidarily liable for reparation of the whole of that injury, and it was therefore unnecessary to identify separate faults within this collective fault and link each one to a portion of the damage done by the group. Once a finding of solidarity has been made, art. 1478 *C.C.Q.* instead requires that the seriousness of the faults committed by the defendants who have been found solidarily liable be assessed in order to apportion liability among them. This means that the identification of individual faults and the determination of their nature and seriousness are relevant only to the apportionment of liability among the persons who jointly took part in the wrongful act and do not affect the question whether those persons are solidarily liable to the victim.

There are many examples of cases decided in the context of the *Civil Code of Lower Canada* in which the members of a group that had taken part in a common venture were held jointly and severally liable even though it had been shown on a balance of probabilities which person had actually caused the injury. Logically, the same conclusion applies even where it is possible to identify a member of the group who directly caused only a portion of the injury. This is because it is the collective fault that is agreed to be the source of the injury regardless of which person directly caused the injury. This is the very case law the legislature codified in enacting arts. 1480 and 1526 *C.C.Q.* There is no indication that the legislature intended to add another requirement to the concept of joint participation in a wrongful act, as defined by the courts, when it codified that concept in the *Civil Code of Québec*.

l'intérieur d'un court laps de temps et visant un même bien. Les personnes ayant participé à la destruction d'une même auto-patrouille ont donc pris part à un fait collectif fautif. De plus, ce fait collectif fautif a entraîné un préjudice : la perte totale de l'auto-patrouille.

Il ne s'agit pas ici de remettre en question les conclusions du juge de première instance portant que l'émeute dans son ensemble ne constituait pas une aventure commune, et qu'il n'existait pas de lien de causalité entre l'émeute dans son ensemble et la destruction des différents véhicules donnés. Toutefois, le juge de première instance a commis une erreur de droit dans sa définition de « fait collectif fautif ». En effet, ses conclusions de fait permettent de conclure que les émeutiers en cause ont participé à des faits collectifs fautifs dans le cours de l'émeute, et que chacun de ces faits collectifs a entraîné la destruction d'une auto-patrouille. Globalement, ces conclusions de fait étaient suffisantes pour condamner solidairement les émeutiers en cause à réparer l'entièreté de ce préjudice, et il était dès lors inutile de s'attarder à identifier des fautes distinctes à l'intérieur de cette faute collective et à les relier à une fraction du dommage causé par le groupe. Une fois la solidarité établie, l'art. 1478 *C.c.Q.* commande plutôt d'évaluer la gravité des fautes commises par les défendeurs tenus solidairement responsables afin de partager la responsabilité entre eux. L'identification de fautes individuelles et la détermination de leur nature et gravité ne sont donc pertinentes que pour partager la responsabilité entre les personnes qui ont participé au fait collectif fautif et n'ont pas d'impact quant à leur responsabilité solidaire vis-à-vis la victime.

La jurisprudence fondée sur le *Code civil du Bas-Canada* comporte de nombreux exemples de cas où les membres d'un groupe ayant pris part à une aventure commune ont été tenus solidairement responsables, et ce, même si la preuve démontrait de manière prépondérante quelle personne avait effectivement causé le préjudice. En toute logique, cette même conclusion s'impose même dans le cas où il est possible d'identifier un membre du groupe qui n'a causé directement qu'une fraction du préjudice. Il en est ainsi puisqu'il est admis que c'est la faute collective qui entraîne le préjudice, peu importe l'identité de la personne ayant causé directement ce préjudice. Or, c'est précisément cette jurisprudence que le législateur a codifiée en adoptant les art. 1480 et 1526 *C.c.Q.* Rien n'indique que le législateur ait souhaité ajouter une exigence supplémentaire au concept jurisprudentiel de fait collectif fautif lorsqu'il a incorporé celui-ci dans le *Code civil du Québec*.

The legislature did not intend to make the application of art. 1480 *C.C.Q.* subject to the requirement that it be impossible to determine the identity of the person who caused the injury. This interpretation is consistent with the wording of the article, with the legislature's intention to codify the earlier case law and with the scheme and object of the legislation. But even if that were the case, the requirement in question would not affect the outcome of this appeal. It would then have to be found that the combined conduct of the various rioters in question constituted a common fault, a type of fault that also leads to a finding of solidary liability, but under art. 1526 *C.C.Q.* instead.

Cases Cited

By Gascon J.

Distinguished: *D'Allaire v. Trépanier*, [1961] C.S. 619; *Gagné v. Monzerolle*, [1967] B.R. 899; *Laxton v. Sylvestre*, [1972] C.S. 297, aff'd [1975] C.A. 648; *Massignani v. Veilleux*, [1987] R.L. 247; *Royale du Canada, Cie d'assurance v. Légaré*, [1991] R.J.Q. 91; *Dumont v. Desjardins*, [1994] R.R.A. 459; *Valois v. Giguère*, 2006 QCCS 1272; *Bamboukian v. Karamanoukian*, 2014 QCCA 2093; *Roy v. Privé*, 2017 QCCS 986; **considered:** *Assurances générales des Caisses Desjardins inc. v. Morissette*, [2005] R.R.A. 1273; *I.C.B.C. v. Stanley Cup Rioters*, 2016 BCSC 1108; **referred to:** *Larouche v. Simard*, 2009 QCCS 529, [2009] R.J.Q. 768; *Canada (Attorney General) v. Thouin*, 2017 SCC 46, [2017] 2 S.C.R. 184; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Simard v. Lavoie*, 2005 CanLII 48674; *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] S.C.R. 745; *Grand Trunk Railway Co. of Canada v. McDonald* (1918), 57 S.C.R. 268; *Fullowka v. Pinkerton's of Canada Ltd.*, 2010 SCC 5, [2010] 1 S.C.R. 132; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Quebec (Director of Criminal and Penal Prosecutions) v. Jodoin*, 2017 SCC 26, [2017] 1 S.C.R. 478; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789; *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621; *Dallaire v. Paul-Émile Martel Inc.*, [1989] 2 S.C.R. 419; *Montréal (Ville) v. Tarquini*, [2001] R.J.Q. 1405; *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64; *Richard v. Time Inc.*, 2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265; *Prévost-Masson v. General Trust of Canada*, 2001 SCC 87, [2001] 3 S.C.R. 882; *Gilles*

Le législateur n'avait pas l'intention d'exiger qu'il soit impossible de déterminer l'identité de la personne qui a causé le préjudice pour que l'art. 1480 *C.c.Q.* s'applique. Cette interprétation est compatible avec le libellé de l'article, l'intention du législateur de codifier la jurisprudence antérieure ainsi que l'esprit et l'objet de la loi. Toutefois, même si c'était le cas, cette exigence n'aurait aucun impact sur l'issue du présent pourvoi. En effet, il faudrait alors conclure que l'ensemble des conduites respectives des émeutiers en cause constituent une faute commune, faute qui entraîne elle aussi une condamnation solidaire, cette fois, en application de l'art. 1526 *C.c.Q.*

Jurisprudence

Citée par le juge Gascon

Distinction d'avec les arrêts : *D'Allaire c. Trépanier*, [1961] C.S. 619; *Gagné c. Monzerolle*, [1967] B.R. 899; *Laxton c. Sylvestre*, [1972] C.S. 297, conf. par [1975] C.A. 648; *Massignani c. Veilleux*, [1987] R.L. 247; *Royale du Canada, Cie d'assurance c. Légaré*, [1991] R.J.Q. 91; *Dumont c. Desjardins*, [1994] R.R.A. 459; *Valois c. Giguère*, 2006 QCCS 1272; *Bamboukian c. Karamanoukian*, 2014 QCCA 2093; *Roy c. Privé*, 2017 QCCS 986; **arrêts examinés :** *Assurances générales des Caisses Desjardins inc. c. Morissette*, [2005] R.R.A. 1273; *I.C.B.C. c. Stanley Cup Rioters*, 2016 BCSC 1108; **arrêts mentionnés :** *Larouche c. Simard*, 2009 QCCS 529, [2009] R.J.Q. 768; *Canada (Procureur général) c. Thouin*, 2017 CSC 46, [2017] 2 R.C.S. 184; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Simard c. Lavoie*, 2005 CanLII 48674; *St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491; *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745; *Grand Trunk Railway Co. of Canada c. McDonald* (1918), 57 R.C.S. 268; *Fullowka c. Pinkerton's of Canada Ltd.*, 2010 CSC 5, [2010] 1 R.C.S. 132; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Québec (Directeur des poursuites criminelles et pénales) c. Jodoin*, 2017 CSC 26, [2017] 1 R.C.S. 478; *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789; *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621; *Dallaire c. Paul-Émile Martel Inc.*, [1989] 2 R.C.S. 419; *Montréal (Ville) c. Tarquini*, [2001] R.J.Q. 1405; *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64; *Richard c. Time Inc.*, 2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265; *Prévost-Masson c. Trust Général*

E. Néron Communication Marketing Inc. v. Chambre des notaires du Québec, 2004 SCC 53, [2004] 3 S.C.R. 95; *Dostie v. Sabourin*, [2000] R.J.Q. 1026; *Homans v. Gestion Paroi inc.*, 2017 QCCA 480; *Solomon v. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127; *Cinar Corp. v. Robinson*, 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168; 2855-0523 *Québec inc. v. Ivanhoé Cambridge inc.*, 2014 QCCA 124, 45 R.P.R. (5th) 64; *Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec v. Gariépy*, 2005 QCCA 60, [2005] R.J.Q. 409.

By Côté J. (dissenting)

Massignani v. Veilleux, [1987] R.R.A. 541; *Gagné v. Monzerolle*, [1967] B.R. 899; *D'Allaire v. Trépanier*, [1961] C.S. 619; *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64; *Laxton v. Sylvestre*, [1972] C.S. 297, aff'd [1975] C.A. 648; *Dumont v. Desjardins*, [1994] R.R.A. 459; *Canada (Attorney General) v. Thouin*, 2017 SCC 46, [2017] 2 S.C.R. 184; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27.

Statutes and Regulations Cited

Charter of the French Language, CQLR, c. C-11, s. 7(3).
Civil Code of Lower Canada, art. 1106.
Civil Code of Québec, arts. 1457, 1478, 1480, 1525 para. 1, 1526, 1621, 2803, 2804, 2849.
Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25.01, art. 328.
Constitution Act, 1867, s. 133.
Interpretation Act, CQLR, c. I-16, ss. 41, 41.1.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2013.

Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, 8^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. by Katherine Barber. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, «either».

Code civil du Québec: Annotations — Commentaires 2017-2018, 2^e éd. par Benoît Moore, dir., et autres. Montréal: Yvon Blais, 2017.

Cumyn, Michelle. «Responsibility for Another's Debt: Suretyship, Solidarity, and Imperfect Delegation» (2010), 55 *McGill L.J.* 211.

Deschamps, Pierre. «Cas d'exonération et partage de responsabilité en matière extracontractuelle», dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile*, vol. 1, par Pierre-Claude

du Canada, 2001 CSC 87, [2001] 3 R.C.S. 882; *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, 2004 CSC 53, [2004] 3 R.C.S. 95; *Dostie c. Sabourin*, [2000] R.J.Q. 1026; *Homans c. Gestion Paroi inc.*, 2017 QCCA 480; *Solomon c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127; *Cinar Corp. c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168; 2855-0523 *Québec inc. c. Ivanhoé Cambridge inc.*, 2014 QCCA 124, 45 R.P.R. (5th) 64; *Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec c. Gariépy*, 2005 QCCA 60, [2005] R.J.Q. 409.

Citée par la juge Côté (dissidente)

Massignani c. Veilleux, [1987] R.R.A. 541; *Gagné c. Monzerolle*, [1967] B.R. 899; *D'Allaire c. Trépanier*, [1961] C.S. 619; *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64; *Laxton c. Sylvestre*, [1972] C.S. 297, conf. par [1975] C.A. 648; *Dumont c. Desjardins*, [1994] R.R.A. 459; *Canada (Procureur général) c. Thouin*, 2017 CSC 46, [2017] 2 R.C.S. 184; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

Lois et règlements cités

Charte de la langue française, RLRQ, c. C-11, art. 7(3).
Code civil du Bas-Canada, art. 1106.
Code civil du Québec, art. 1457, 1478, 1480, 1525 al. 1, 1526, 1621, 2803, 2804, 2849.
Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01, art. 328.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 133.
Loi d'interprétation, RLRQ, c. I-16, art. 41, 41.1.

Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.

Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, 8^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. by Katherine Barber. Don Mills (Ont.), Oxford University Press, 2004, «either».

Code civil du Québec : Annotations — Commentaires 2017-2018, 2^e éd. par Benoît Moore, dir., et autres. Montréal, Yvon Blais, 2017.

Cumyn, Michelle. «Responsibility for Another's Debt : Suretyship, Solidarity, and Imperfect Delegation » (2010), 55 *R.D. McGill* 211.

Deschamps, Pierre. «Cas d'exonération et partage de responsabilité en matière extracontractuelle », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile*, vol. 1, par

- Lafond, dir. Montréal: LexisNexis, 2008, fascicule 22 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2017, envoi n° 17).
- Deschamps, Pierre. “Faute personnelle”, dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile*, vol. 1, par Pierre-Claude Lafond, dir. Montréal: LexisNexis, 2008, fascicule 17 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2017, envoi n° 17).
- de Villers, Marie-Éva. *Multidictionnaire de la langue française*, 5^e éd. Montréal: Québec Amérique, 2009, “l’un ou l’autre”, tableau “un”.
- Drouin-Barakett, Francine, et Pierre-Gabriel Jobin. “La faute collective dans l’équipe de professionnels” (1978), 56 *Can. Bar. Rev.* 49.
- Gage Canadian Dictionary*, rev. and exp. ed. by Gaelan Dodds de Wolf et al. Vancouver: Gage Educational Publishing Company, 1997, “either”.
- Grammond, Sébastien. “Un nouveau départ pour les dommages-intérêts punitifs” (2012), 42 *R.G.D.* 105.
- Guide to Canadian English Usage*, 2nd ed. by Margery Fee and Janice McAlpine. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2007, “either . . . or, neither . . . nor”.
- Karim, Vincent. *Les obligations*, vol. 1, 4^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2015.
- Khoury, Lara. “Lien de causalité”, dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile*, vol. 1, par Pierre-Claude Lafond, dir. Montréal: LexisNexis, 2008, fascicule 21 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2017, envoi n° 17).
- Levesque, Frédéric. *L’obligation in solidum en droit privé québécois*, Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2010.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2012.
- Mayrand, Albert. “L’énigme des fautes simultanées” (1958), 18 *R. du B.* 1.
- Quebec. Civil Code Revision Office. Committee on the Law of Obligations. *Report on Obligations*. Montréal: Civil Code Revision Office, 1975.
- Quebec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*. Québec: Publications du Québec, 1993.
- Quebec. Office québécois de la langue française. *L’un ou l’autre*, Banque de dépannage linguistique, avril 2018 (online: http://bdl.oqlf.gouv.qc.ca/bdl/gabarit_bdl.asp?Th=2&t1=&id=3840; archived version: http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC29_1_fra.pdf).
- Tancelin, Maurice. *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2009.
- Vézina, Natalie. “Cas d’exonération et partage de responsabilité en matière contractuelle”, dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et*
- Pierre-Claude Lafond, dir., Montréal, LexisNexis, 2008, fascicule 22 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2017, envoi n° 17).
- Deschamps, Pierre. « Faute personnelle », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile*, vol. 1, par Pierre-Claude Lafond, dir., Montréal, LexisNexis, 2008, fascicule 17 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2017, envoi n° 17).
- de Villers, Marie-Éva. *Multidictionnaire de la langue française*, 5^e éd., Montréal, Québec Amérique, 2009, « l’un ou l’autre », tableau « un ».
- Drouin-Barakett, Francine, et Pierre-Gabriel Jobin. « La faute collective dans l’équipe de professionnels » (1978), 56 *R. du B. can.* 49.
- Gage Canadian Dictionary*, rev. and exp. ed. by Gaelan Dodds de Wolf et al., Vancouver, Gage Educational Publishing Company, 1997, « either ».
- Grammond, Sébastien. « Un nouveau départ pour les dommages-intérêts punitifs » (2012), 42 *R.G.D.* 105.
- Guide to Canadian English Usage*, 2nd ed. by Margery Fee and Janice McAlpine, Don Mills (Ont.), Oxford University Press, 2007, « either . . . or, neither . . . nor ».
- Karim, Vincent. *Les obligations*, vol. 1, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015.
- Khoury, Lara. « Lien de causalité », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile*, vol. 1, par Pierre-Claude Lafond, dir., Montréal, LexisNexis, 2008, fascicule 21 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2017, envoi n° 17).
- Levesque, Frédéric. *L’obligation in solidum en droit privé québécois*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010.
- Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2012.
- Mayrand, Albert. « L’énigme des fautes simultanées » (1958), 18 *R. du B.* 1.
- Québec. Ministère de la Justice. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société*, Québec, Publications du Québec, 1993.
- Québec. Office de révision du Code civil. Comité du droit des obligations. *Rapport sur les obligations*, Montréal, Office de révision du Code civil, 1975.
- Québec. Office québécois de la langue française. *L’un ou l’autre*, Banque de dépannage linguistique, avril 2018 (en ligne : http://bdl.oqlf.gouv.qc.ca/bdl/gabarit_bdl.asp?Th=2&t1=&id=3840; version archivée : http://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC29_1_fra.pdf).
- Tancelin, Maurice. *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009.
- Vézina, Natalie. « Cas d’exonération et partage de responsabilité en matière contractuelle », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et*

responsabilité civile, vol. 1, par Pierre-Claude Lafond, dir. Montréal: LexisNexis, 2008, fascicule 31 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2017, envoi n° 17).
Vézina, Nathalie, et Louise Langevin. “Les modalités de l’obligation”, dans *Collection de droit de l’École du Barreau du Québec 2017-2018*, vol. 6, *Obligations et contrats*. Montréal: Yvon Blais, 2017, 115.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Duval Hesler C.J. and Émond and Hogue J.J.A.), 2016 QCCA 1022, [2016] AZ-51296257, [2016] J.Q. n° 6476 (QL), 2016 CarswellQue 5327 (WL Can.), affirming the decisions of Coutlée J.C.Q., 2014 QCCQ 4916, [2014] AZ-51084816, [2014] J.Q. n° 6758 (QL), 2014 CarswellQue 7068 (WL Can.), 2014 QCCQ 4915, [2014] AZ-51084815, [2014] J.Q. n° 6775 (QL), 2014 CarswellQue 7064 (WL Can.), 2014 QCCQ 4920, [2014] AZ-51084820, [2014] J.Q. n° 6778 (QL), 2014 CarswellQue 7070 (WL Can.), 2014 QCCQ 4919, [2014] AZ-51084819, [2014] J.Q. n° 6777 (QL), 2014 CarswellQue 7067 (WL Can.), 2014 QCCQ 4902, [2014] AZ-51084349, [2014] J.Q. n° 6760 (QL), 2014 CarswellQue 7065 (WL Can.), 2014 QCCQ 4921, [2014] AZ-51084821, [2014] J.Q. n° 6761 (QL), 2014 CarswellQue 7066 (WL Can.). Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

Jean-Nicolas Legault-Loiselle, Hugo Filiatrault and Pierre Yves Boisvert, for the appellant.

Mélany Renaud, for the respondents Davide Lonardi, Jonathan Franco and Maxime Favreau Courtemanche.

Nataly Gauvin, for the respondent Jean-François Hunter.

Roberto T. De Minico and Ayda Abedi, for the respondent Jean-Philippe Forest Munguia.

Louise Desautels, for the respondent Éric Primeau.

No one appeared for the respondents Simon Côté Béliveau, Ali Rasouli, Mohamed Moudrika, Jonathan Beaudin Naudi, Steve Chaperon, Illiasse Iden, Johnny Davin, Natna Nega, Nathan Bradshaw, Benjamin Kinal, Simon Légaré and Daniel Daoust.

responsabilité civile, vol. 1, par Pierre-Claude Lafond, dir., Montréal, LexisNexis, 2008, fascicule 31 (feuilles mobiles mises à jour septembre 2017, envoi n° 17).
Vézina, Nathalie, et Louise Langevin. « Les modalités de l’obligation », dans *Collection de droit de l’École du Barreau du Québec 2017-2018*, vol. 6, *Obligations et contrats*, Montréal, Yvon Blais, 2017, 115.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (la juge en chef Duval Hesler et les juges Émond et Hogue), 2016 QCCA 1022, [2016] AZ-51296257, [2016] J.Q. n° 6476 (QL), 2016 CarswellQue 5327 (WL Can.), qui a confirmé les décisions du juge Coutlée, 2014 QCCQ 4916, [2014] AZ-51084816, [2014] J.Q. n° 6758 (QL), 2014 CarswellQue 7068 (WL Can.), 2014 QCCQ 4915, [2014] AZ-51084815, [2014] J.Q. n° 6775 (QL), 2014 CarswellQue 7064 (WL Can.), 2014 QCCQ 4920, [2014] AZ-51084820, [2014] J.Q. n° 6778 (QL), 2014 CarswellQue 7070 (WL Can.), 2014 QCCQ 4919, [2014] AZ-51084819, [2014] J.Q. n° 6777 (QL), 2014 CarswellQue 7067 (WL Can.), 2014 QCCQ 4902, [2014] AZ-51084349, [2014] J.Q. n° 6760 (QL), 2014 CarswellQue 7065 (WL Can.), 2014 QCCQ 4921, [2014] AZ-51084821, [2014] J.Q. n° 6761 (QL), 2014 CarswellQue 7066 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

Jean-Nicolas Legault-Loiselle, Hugo Filiatrault et Pierre Yves Boisvert, pour l’appelante.

Mélany Renaud, pour les intimés Davide Lonardi, Jonathan Franco et Maxime Favreau Courtemanche.

Nataly Gauvin, pour l’intimé Jean-François Hunter.

Roberto T. De Minico et Ayda Abedi, pour l’intimé Jean-Philippe Forest Munguia.

Louise Desautels, pour l’intimé Éric Primeau.

Personne n’a comparu pour les intimés Simon Côté Béliveau, Ali Rasouli, Mohamed Moudrika, Jonathan Beaudin Naudi, Steve Chaperon, Illiasse Iden, Johnny Davin, Natna Nega, Nathan Bradshaw, Benjamin Kinal, Simon Légaré et Daniel Daoust.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown and Rowe JJ. delivered by

GASCON J. —

I. Overview

[1] This appeal illustrates the apparent conflict that sometimes exists between two core principles of extracontractual liability in Quebec civil law. The first of these principles is that of full compensation for injury. The second is the principle that, unless an exception applies, a person is liable for reparation only of injuries caused by his or her own fault.

[2] The *Civil Code of Québec* (“C.C.Q.” or “Code”) establishes a scheme that strikes a balance between these principles. Article 1457 of the *Code* provides for full compensation for injury caused by a fault. Article 1525 para. 1 provides that solidarity between debtors is not presumed. Articles 1480 and 1526 set out the circumstances in which there is a solidary obligation to make reparation for injury caused by an extracontractual fault.¹ The *Code* thus lays down the general principle that a person is liable only for damage he or she causes, but qualifies this principle to favour full compensation of a victim who suffers a single injury as a result of extracontractual faults committed by two or more persons. However, because solidarity represents a deviation from the general principle, it must be applied strictly (see D. Lluellas and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at No. 2581).

[3] The central issue in this appeal requires the application of these principles. It may be summed

¹ I note that art. 1480 *C.C.Q.* also applies in contractual matters (N. Vézina, “Cas d’exonération et partage de responsabilité en matière contractuelle”, in *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile* (loose-leaf), vol. 1, by P.-C. Lafond, ed., fasc. 31, at para. 42; see, for example, *Larouche v. Simard*, 2009 QCCS 529, [2009] R.J.Q. 768). Some authors suggest that art. 1480 *C.C.Q.* could therefore apply in a case involving both contractual and extracontractual faults (J.-L. Baudouin, P. Deslauriers and B. Moore, *La responsabilité civile* (8th ed. 2014), at No. 1-58; V. Karim, *Les obligations* (4th ed. 2015), vol. 1, at paras. 3456 and 3460-70). That question does not arise in this appeal, however.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown et Rowe a été rendu par

LE JUGE GASCON —

I. Aperçu

[1] Ce pourvoi illustre la tension apparente qui existe parfois entre deux principes centraux de la responsabilité extracontractuelle en droit civil québécois. D’une part, le principe voulant que l’indemnisation du préjudice soit intégrale. D’autre part, celui voulant que, sauf exception, une personne ne soit tenue de réparer que le seul préjudice qu’elle a causé par sa faute.

[2] Le *Code civil du Québec* (« C.c.Q. » ou « Code ») établit un régime qui assure l’équilibre entre ces principes. À l’article 1457, il prévoit l’indemnisation intégrale du préjudice causé par la faute. À l’article 1525 al. 1, il édicte que la solidarité entre débiteurs ne se présume pas. Aux articles 1480 et 1526, il précise les circonstances où l’obligation de réparer le préjudice est solidaire en cas de fautes extracontractuelles¹. Le *Code* consacre ainsi le principe général suivant lequel une personne est uniquement responsable du dommage qu’elle cause, mais il en atténue la rigueur afin de favoriser l’indemnisation intégrale de la victime quand celle-ci subit un préjudice unique en raison des fautes extracontractuelles de plusieurs personnes. En revanche, puisque la solidarité déroge au principe général, elle est, en conséquence, d’application stricte (voir D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations* (2^e éd. 2012), n^o 2581).

[3] Le problème au cœur du présent pourvoi met en jeu l’application de ces principes. Il se résume à

¹ Je note que l’art. 1480 *C.c.Q.* est également applicable en matière contractuelle (N. Vézina, « Cas d’exonération et partage de responsabilité en matière contractuelle », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile* (feuilles mobiles), vol. 1, par P.-C. Lafond, dir., fasc. 31, par. 42; voir par exemple *Larouche c. Simard*, 2009 QCCS 529, [2009] R.J.Q. 768). Certains auteurs suggèrent que l’art. 1480 *C.c.Q.* pourrait par conséquent s’appliquer en cas de fautes contractuelles et extracontractuelles (J.-L. Baudouin, P. Deslauriers et B. Moore, *La responsabilité civile* (8^e éd. 2014), n^o 1-58; V. Karim, *Les obligations* (4^e éd. 2015), vol. 1, par. 3456 et 3460-3470). Cette question ne se soulève toutefois pas dans le cadre de ce pourvoi.

up as follows: To what extent can a rioter who has caused property damage be held solidarily liable to the victim for damage done to the same property by other rioters?

[4] I agree with the Court of Appeal and the Court of Québec that the facts of these cases do not support the application of the articles of the *Code* that provide for solidarity in cases of extracontractual fault. The evidence is such that it is possible to determine what specific damage to the victim's property was caused by each of the identified rioters. That being the case, this legislative scheme cannot be circumvented by imposing liability *in solidum* in this context either. The appeal must therefore be dismissed.

II. Facts

[5] Hockey is a tradition that is of particular significance in Montréal. Every spring when the Canadiens are in the playoffs, the city's mood varies with the success or failure of its team. On the night of April 21, 2008, the Canadiens were playing the Boston Bruins. The rivalry between the two teams is legendary. Excitement was at a fever pitch. It was the seventh game of the series, and the teams were tied. When the Canadiens won the game and eliminated their archrivals, the jubilant crowd went out to celebrate downtown. The spontaneous gathering was initially festive, but unfortunately turned into a riot as the evening progressed. Numerous acts of mischief were committed over a period of more than three hours. These included the vandalizing of 15 patrol cars belonging to the police department of the appellant, Ville de Montréal ("City"). Nine of the cars were total losses; the other six required major repairs.

[6] The police investigation, helped in particular by photographs and videos, led to the identification and arrest of a number of rioters, including about 20 people who had damaged or destroyed several of the City's patrol cars. The City decided to institute one civil action per vehicle, with the exception of one action relating to two vehicles that had been damaged by two individuals acting in concert. In each action, it grouped together all the identified rioters who had

ceci : Dans quelle mesure un émeutier donné peut-il être tenu solidairement responsable envers la victime des dommages causés par les autres émeutiers au même bien que lui?

[4] Tout comme la Cour d'appel et la Cour du Québec, je considère que les faits de l'espèce ne justifient pas l'application des articles du *Code* qui prévoient la solidarité en matière de fautes extracontractuelles. En effet, la preuve permet de circonscrire le dommage précis qui a été causé aux biens de la victime par chacun des émeutiers identifiés. Cela étant, il n'est guère plus possible de contourner ce régime législatif et d'imposer une responsabilité *in solidum* dans ce contexte. L'appel doit donc être rejeté.

II. Contexte factuel

[5] Le hockey est une tradition qui revêt une importance toute particulière à Montréal. Chaque printemps où les Canadiens participent aux séries éliminatoires, la ville vibre au rythme de son équipe. Le soir du 21 avril 2008, les Canadiens affrontent les Bruins de Boston. La rivalité qui oppose ces équipes est légendaire. La fébrilité est à son comble. C'est la septième partie de la série et les deux équipes sont à égalité. Quand les Canadiens l'emportent et éliminent leurs grands rivaux, la foule en liesse sort célébrer au centre-ville. D'abord festif, le rassemblement spontané se transforme malheureusement en émeute au fil de la soirée. De nombreux méfaits sont commis, et ce, pendant plus de trois heures. Entre autres, 15 autos-patrouilles du service de police de l'appelante, la Ville de Montréal (« Ville »), sont vandalisées. Neuf d'entre elles constituent des pertes totales; six autres nécessitent des réparations importantes.

[6] Grâce notamment à des images photo et vidéo, l'enquête policière permet d'identifier et d'arrêter un certain nombre d'émeutiers. Parmi eux, on trouve une vingtaine de personnes qui ont endommagé ou détruit plusieurs des autos-patrouilles de la Ville. Cette dernière décide alors d'intenter un recours civil pour chaque véhicule, à l'exception d'un recours visant deux véhicules endommagés par deux individus agissant de concert. Dans chaque action,

done damage to the vehicle or vehicles in question. It sought to have the defendants in each case held solidarily liable for the whole of the damage done to the specific patrol car and to its equipment, regardless of the nature or seriousness of the wrongful act each of them had committed.

[7] The rioters' faults were varied and involved several different types of mischief against the vehicles, from kicking a door to arson. Some of them were committed at the start of the riot, while others were committed a few hours later. Except in a few isolated cases, the defendants acted spontaneously and independently and did not know one another.

III. Judicial History

A. *Court of Québec (2014 QCCQ 4902, 2014 QCCQ 4915, 2014 QCCQ 4916, 2014 QCCQ 4919, 2014 QCCQ 4920 and 2014 QCCQ 4921 (Collectively "QCCQ"))*

[8] Judge Coutlée heard all 10 of the City's actions. In a first case, he dismissed the City's claim for lack of evidence (2014 QCCQ 4922). In three others, he found that the defendants had committed a common fault and ordered them solidarily to pay an amount corresponding to the whole of the damage done to the patrol car or cars in question. In two of those three cases, the defendants had acted together to, among other things, set fire to a vehicle (2014 QCCQ 4917; 2014 QCCQ 4918). In the third, the two defendants had acted together to shatter the windows of two patrol cars (2014 QCCQ 4923). In all three cases, each of the defendants was also ordered to pay punitive damages.

[9] This appeal concerns the other six cases, in which the judge ordered each defendant to make reparation for the specific damage caused by his own acts. However, the judge declined to find the defendants in each action solidarily liable, with the exception of two defendants who had acted together to set fire to a patrol car. He rejected the City's argument that the defendants had jointly taken part in

la Ville regroupe tous les émeutiers identifiés qui ont endommagé le ou les véhicules visés. Peu importe la nature ou la gravité du geste fautif de chacun des défendeurs, elle recherche une condamnation solidaire pour l'ensemble des dommages causés à l'auto-patrouille concernée et à son équipement.

[7] Les fautes des émeutiers varient et appartiennent à une large gamme de méfaits. Elles vont du coup de pied dans la portière d'un véhicule à l'incendie criminel de celui-ci. Certaines fautes sont commises au début de l'émeute, d'autres quelques heures plus tard. À l'exception de quelques cas isolés, les défendeurs agissent de façon spontanée et indépendante les uns des autres, et ils ne se connaissent pas.

III. Historique judiciaire

A. *Cour du Québec (2014 QCCQ 4902, 2014 QCCQ 4915, 2014 QCCQ 4916, 2014 QCCQ 4919, 2014 QCCQ 4920 et 2014 QCCQ 4921 (collectivement « QCCQ »))*

[8] Le juge Coutlée est saisi des 10 actions intentées par la Ville. Dans un premier dossier, il rejette la réclamation de la Ville faute de preuve (2014 QCCQ 4922). Dans trois autres, il conclut que les défendeurs ont commis une faute commune et les condamne solidairement à payer une somme correspondant à la totalité des dommages causés aux autos-patrouilles visées. Dans deux de ces trois dossiers, les défendeurs ont notamment incendié ensemble un véhicule (2014 QCCQ 4917; 2014 QCCQ 4918). Dans le troisième, les deux défendeurs ont, de concert, fracassé les vitres de deux autos-patrouilles (2014 QCCQ 4923). Dans ces trois dossiers, chacun des défendeurs a également été condamné au paiement de dommages-intérêts punitifs.

[9] Les six autres dossiers font l'objet du présent pourvoi. Dans ceux-ci, le juge condamne chaque défendeur à réparer le dommage précis causé par ses propres actes. Il refuse cependant de condamner solidairement les défendeurs à chaque action, à l'exception de deux d'entre eux qui ont mis ensemble le feu à une auto-patrouille. Le juge rejette la prétention de la Ville voulant que les défendeurs aient participé

a wrongful act and were therefore solidarily liable under art. 1480 *C.C.Q.* He found that the evidence made it possible to specifically identify each individual who had caused the various injuries at issue and that this barred the application of that article. He added that for there to be a common venture, there must be a clear intention to engage in one, whereas these cases involved spontaneous acts by individuals who, for the most part, did not know one another and had not acted simultaneously.

[10] The judge therefore identified the distinct damage caused by each fault in order to determine the fair compensation each defendant would have to pay the City. In view of the seriousness of all the wrongful acts committed during the riot, he also ordered each defendant to pay punitive damages.

B. *Quebec Court of Appeal (2016 QCCA 1022)*

[11] The City appealed the six judgments of the Court of Québec in which the defendants had not all been found solidarily liable. In its appeal, the City limited the issue to the application of solidarity; fault and the quantification of the injury were not raised. In a unanimous decision, the Court of Appeal affirmed the trial court's judgments.

[12] The Court of Appeal began by reiterating that solidarity is not presumed and that it may be imposed in cases of extracontractual fault only where this is provided for by law. After reviewing the principles developed by the courts in the context of the *Civil Code of Lower Canada* (“*C.C.L.C.*” or “former Code”), the Court of Appeal concluded that [TRANSLATION] “the courts imposed solidarity only where a single injury had resulted from [separate] faults or where it was impossible to determine which fault had caused which injury or which portion of the injury” (para. 37 (CanLII)). In the current *Code*, all the legislature did was to codify the existing case law on extracontractual solidarity.

[13] Articles 1480 and 1526 *C.C.Q.* apply only in cases involving a single injury. The Court of Appeal

à un fait collectif fautif et soient solidairement responsables en vertu de l’art. 1480 *C.c.Q.* Il conclut que la preuve permet d’identifier précisément chaque auteur des divers préjudices en cause et qu’il y a donc lieu d’écarter l’application de cet article. Selon le juge, pour qu’il y ait aventure commune, il est en outre nécessaire d’établir l’existence d’une intention claire en ce sens. Or, il s’agit ici d’actes spontanés d’individus qui, pour la plupart, ne se connaissent pas et n’agissent pas en même temps.

[10] Le juge procède par conséquent à la détermination du dommage distinct causé par chaque faute afin d’établir la juste compensation que chaque défendeur devra verser à la Ville. Devant la gravité de l’ensemble des gestes fautifs posés au cours de l’émeute, il condamne également chacun des défendeurs au paiement de dommages-intérêts punitifs.

B. *Cour d’appel du Québec (2016 QCCA 1022)*

[11] La Ville interjette appel des six jugements de la Cour du Québec qui ne condamnent pas solidairement tous les défendeurs. Elle limite la question en appel à l’application de la solidarité; les fautes et la quantification du préjudice ne sont pas remises en cause. Dans un arrêt unanime, la Cour d’appel confirme les jugements de première instance.

[12] D’entrée de jeu, la Cour d’appel rappelle que la solidarité ne se présume pas et que, en matière de fautes extracontractuelles, elle ne peut être imposée que lorsque la loi le prévoit. Après avoir passé en revue les principes jurisprudentiels développés sous le régime du *Code civil du Bas-Canada* (« *C.c.B.-C.* » ou « ancien Code »), la Cour d’appel conclut que « les tribunaux n’ont imposé la solidarité que lorsqu’un seul dommage a résulté de [. . .] fautes [distinctes] ou qu’il n’était pas possible de déterminer quelle faute avait causé quel dommage ou fraction du dommage » (par. 37 (CanLII)). Or, dans le *Code* actuel, le législateur s’est limité à codifier la jurisprudence antérieure sur la solidarité en matière extracontractuelle.

[13] Pour que s’appliquent les art. 1480 et 1526 *C.c.Q.*, il faut être en présence d’un préjudice

stressed that Quebec’s civil liability system does not have a punitive purpose. Both the wording of art. 1480 *C.C.Q.* and the spirit of the system indicate that this article imposes solidarity only where it is impossible to determine which fault caused the damage.

[14] Because the evidence made it possible to link each fault to specific damage that represented only a portion of the City’s injury, the Court of Appeal upheld the trial judge’s conclusion that the defendants should not be held solidarily liable for the whole of the damage done to a given patrol car during the riot. It also dismissed the incidental appeals of certain defendants against the award of punitive damages.

IV. Issues

[15] All things considered, the City’s appeal raises three questions:

1. Are the respondents solidarily liable for the whole of the damage done to a patrol car during the riot because they jointly took part in a wrongful act within the meaning of art. 1480 *C.C.Q.*?
2. Did the respondents commit a common fault or contributory faults as a result of which they are solidarily liable under art. 1526 *C.C.Q.*?
3. Are the respondents liable *in solidum*?

[16] I note that the respondents did not file an incidental appeal to contest the award of punitive damages. Only the issue of solidarity was argued in this Court.

V. Analysis

[17] In Quebec civil law, solidarity is not presumed (art. 1525 para. 1 *C.C.Q.*; J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at No. 612; M. Cumyn, “Responsibility for Another’s Debt: Suretyship, Solidarity, and Imperfect Delegation” (2010), 55

unique. La Cour d’appel souligne que le régime québécois de la responsabilité civile ne vise pas un objectif punitif. Tant le libellé de l’art. 1480 *C.c.Q.* que l’esprit du régime indiquent que cet article n’impose la solidarité que dans le cas où il est impossible de déterminer quelle faute a causé le dommage.

[14] Comme la preuve permet de rattacher chacune des fautes à un dommage spécifique ne représentant qu’une fraction du préjudice subi par la Ville, la Cour d’appel confirme la conclusion du premier juge portant qu’il n’y a pas lieu de tenir les défendeurs solidairement responsables de l’entièreté des dommages causés pendant l’émeute à l’auto-patrouille concernée. En outre, la cour rejette l’appel incident formé par certains défendeurs à l’encontre de l’octroi de dommages-intérêts punitifs.

IV. Questions en litige

[15] Le pourvoi de la Ville soulève en définitive trois questions :

1. Les intimés sont-ils solidairement responsables de la totalité des dommages causés à une auto-patrouille pendant l’émeute en raison de leur participation à un fait collectif fautif au sens de l’art. 1480 *C.c.Q.*?
2. Les intimés ont-ils commis une faute commune ou des fautes contributoires qui les rendent solidairement responsables au sens de l’art. 1526 *C.c.Q.*?
3. Les intimés sont-ils responsables *in solidum*?

[16] Je souligne que les intimés n’ont pas formé d’appel incident pour contester l’octroi des dommages-intérêts punitifs. Seule la question de la solidarité fait l’objet du débat devant nous.

V. Analyse

[17] La solidarité ne se présume pas en droit civil québécois (art. 1525 al. 1 *C.c.Q.*; J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7^e éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, n^o 612; M. Cumyn, « Responsibility for Another’s Debt : Suretyship, Solidarity, and Imperfect Delegation » (2010), 55 *R.D. McGill*

McGill L.J. 211, at p. 215). As the Court of Appeal mentioned, in cases of extracontractual fault, solidarity exists only where it is provided for by law. To succeed, the City must therefore show that the respondents' faults come within the scope of art. 1480 or art. 1526 *C.C.Q.* In my view, they do not. Furthermore, the concept of liability *in solidum* does not apply in a situation like this one involving a number of faults that are all extracontractual. The three questions must accordingly be answered in the negative.

A. *Article 1480 C.C.Q.*

[18] Article 1480 *C.C.Q.* reads as follows:²

1480. Where several persons have jointly taken part in a wrongful act which has resulted in injury or have committed separate faults each of which may have caused the injury, and where it is impossible to determine, in either case, which of them actually caused it, they are solidarily liable for reparation thereof.

[19] Two conditions must be met for this article to apply. First, it must be impossible to determine which person actually caused the injury. Second, there must have been either “join[t participation] in a wrongful act which has resulted in injury” or “separate faults each of which may have caused the injury”. Neither of these conditions is met here. The solidary liability being claimed by the City on this basis has not been established.

(1) Impossibility of Determining Who Committed the Fault That Caused the Injury

[20] Article 1480 *C.C.Q.* imposes solidarity in two specific situations: “[w]here several persons have jointly taken part in a wrongful act which has resulted in injury” and where “several persons . . . have committed separate faults each of which may have caused the injury”.

² Minor amendments were made to the English version of the article in 2014, 2015 and 2016, but they are of no consequence to this appeal.

211, p. 215). Comme le mentionne la Cour d’appel, en matière de fautes extracontractuelles, il n’y a solidarité que lorsque la loi le prévoit. Pour avoir gain de cause, la Ville doit donc démontrer que les fautes des intimés relèvent du champ d’application de l’art. 1480 ou de l’art. 1526 *C.c.Q.* Je suis d’avis que ce n’est pas le cas en l’espèce. En outre, dans une situation impliquant comme ici plusieurs fautes, toutes extracontractuelles, le concept de responsabilité *in solidum* est inapplicable. Les trois questions qui se soulèvent commandent par conséquent une réponse négative.

A. *L’article 1480 C.c.Q.*

[18] L’article 1480 *C.c.Q.* est rédigé ainsi² :

1480. Lorsque plusieurs personnes ont participé à un fait collectif fautif qui entraîne un préjudice ou qu’elles ont commis des fautes distinctes dont chacune est susceptible d’avoir causé le préjudice, sans qu’il soit possible, dans l’un ou l’autre cas, de déterminer laquelle l’a effectivement causé, elles sont tenues solidairement à la réparation du préjudice.

[19] Deux conditions doivent être réunies pour que cet article trouve application. Premièrement, il faut qu’il soit impossible de déterminer quelle personne a effectivement causé le préjudice. Deuxièmement, il faut qu’il y ait soit « un fait collectif fautif qui entraîne un préjudice », soit « des fautes distinctes dont chacune est susceptible d’avoir causé le préjudice ». Aucune de ces conditions n’est remplie ici. La responsabilité solidaire qu’invoque la Ville sur cette base n’est pas établie.

(1) L’impossibilité de déterminer qui est l’auteur de la faute ayant causé le préjudice

[20] L’article 1480 *C.c.Q.* impose la solidarité dans deux situations précises : « [l]orsque plusieurs personnes ont participé à un fait collectif fautif qui entraîne un préjudice » et lorsqu’« elles ont commis des fautes distinctes dont chacune est susceptible d’avoir causé le préjudice ».

² La version anglaise de l’article a été légèrement modifiée en 2014, 2015 et 2016. Ces modifications sont toutefois sans conséquence pour le présent pourvoi.

[21] Both at trial and in the Court of Appeal, the City argued that the requirement, set out at the end of art. 1480 *C.C.Q.*, that it be impossible to determine which of the people involved caused the injury applies only in the second situation, that is, where there are separate faults. In this Court, the City shifted the focus of its argument to the characterization of the respondents' fault and the injury it had suffered. The two conditions that must be met for art. 1480 *C.C.Q.* to apply are cumulative, however. They cannot be disregarded. Therefore, even where two or more persons have jointly taken part in a wrongful act, whatever it may have been, the article will not apply if it is possible to determine who actually caused the injury.

[22] Under the modern approach to statutory interpretation, it is well established that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (*Canada (Attorney General) v. Thouin*, 2017 SCC 46, [2017] 2 S.C.R. 184, at para. 26, quoting *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, in turn quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87). In addition, the Quebec legislature has provided that statutes must generally receive such fair, large and liberal construction as will ensure that they are coherent, that their provisions have meaningful effect and that their objects are attained (*Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, ss. 41 and 41.1).

[23] The judges of the courts below held that the words “dans l'un ou l'autre cas” in the French version of art. 1480 *C.C.Q.* (“in either case” in the English version) indicate that the article imposes solidarity only where it is impossible to determine who committed the fault that caused the injury and that this is true in both of the situations in which this article applies. I agree that this is the interpretation that is most consistent with the words of the article as well as with the scheme and object of the statute and the intention of the legislature.

[21] Tant en première instance que devant la Cour d'appel, la Ville a soutenu que la condition, prévue à l'art. 1480 *C.c.Q.* *in fine*, exigeant qu'il soit impossible de déterminer laquelle des personnes impliquées a causé le préjudice n'est applicable que dans la deuxième éventualité, soit en cas de fautes distinctes. Devant notre Cour, la Ville a recentré son argumentation sur la qualification de la faute des intimés et du préjudice subi. Cependant, les deux conditions d'application de l'art. 1480 *C.c.Q.* restent cumulatives. L'on ne peut en faire abstraction. Ainsi, même en présence d'un fait collectif fautif, quel qu'il soit, la possibilité de déterminer qui a effectivement causé le préjudice fera échec à l'application de cet article.

[22] Selon la méthode moderne d'interprétation législative, il est acquis qu'[TRADUCTION] « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'[économie] de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (*Canada (Procureur général) c. Thouin*, 2017 CSC 46, [2017] 2 R.C.S. 184, par. 26, citant *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, qui cite E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87). Le législateur québécois précise du reste que les lois doivent généralement recevoir une interprétation large et libérale, qui assure la cohérence, l'effet utile de leurs dispositions ainsi que l'accomplissement de leur objet (*Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16, art. 41 et 41.1).

[23] Les juges des juridictions inférieures ont affirmé qu'en raison de la présence de la locution « dans l'un ou l'autre cas » à l'art. 1480 *C.c.Q.*, cette disposition n'impose la solidarité que lorsqu'il est impossible de déterminer l'auteur de la faute ayant causé le préjudice, et ce, dans les deux situations visées par cet article. Je suis d'accord pour dire qu'il s'agit là de l'interprétation la plus fidèle au libellé de l'article ainsi qu'à l'économie de la loi, à son objet et à l'intention du législateur.

(a) *Wording of Article 1480 C.C.Q.*

[24] The issue of interpretation that arises with respect to the words of art. 1480 *C.C.Q.* is whether the phrase “*dans l’un ou l’autre cas*” in the French version refers to both the concept of joint participation in a wrongful act (“*fait collectif fautif*”) and that of separate faults (“*fautes distinctes*”), or only to the concept of separate faults.

[25] The first proposition reflects the most natural reading of the French version of the article. However, from a grammatical standpoint, the French wording may leave some room for doubt. According to the Office québécois de la langue française, the phrase “*l’un ou l’autre*” indicates [TRANSLATION] “a choice between two or more things” (Banque de dépannage linguistique, April 2018 (online)).³ In theory, therefore, these words could relate only to the situation in which there are a number of separate faults.

[26] As the Court of Appeal observed, however, the English version of art. 1480 *C.C.Q.* is unequivocal. The phrase “in either case” conveys a choice between only two things, not between an indefinite number of things (*Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004), by K. Barber, “either”; *Gage Canadian Dictionary* (rev. and exp. ed. 1997), by G. D. de Wolf et al., “either”; *Guide to Canadian English Usage* (2nd ed. 2007), by M. Fee and J. McAlpine, “either . . . or, neither . . . nor”). The English version therefore excludes the possibility that the requirement that it be impossible to identify the person who committed the fault that caused the injury applies only to the situation in which there are separate faults, the number of which is indeterminate.

[27] The English and French versions of Quebec statutes are equally authoritative (*Charter of the*

³ I note that, according to the *Multidictionnaire de la langue française*, the phrase “*l’un ou l’autre*” means [TRANSLATION] “only one of two” (M.-É. de Villers (5th ed. 2009), see table on the word “*un*”, at p. 1639 (emphasis added)). Because the only example given in that dictionary does not reflect the structure of the sentence in art. 1480 *C.C.Q.*, I consider the Banque de dépannage linguistique of the Office québécois de la langue française to be more complete on this specific point.

a) *Le libellé de l’art. 1480 C.c.Q.*

[24] Sur l’interprétation textuelle de l’art. 1480 *C.c.Q.*, la question qui se pose consiste à déterminer si la locution « dans l’un ou l’autre cas » renvoie aux notions de « fait collectif fautif » et de « fautes distinctes », ou uniquement à celle de « fautes distinctes ».

[25] La première proposition correspond à la lecture la plus naturelle de la version française de l’article. D’un point de vue grammatical, le libellé français de l’article peut toutefois laisser subsister un doute. Selon l’Office québécois de la langue française, la locution « l’un ou l’autre » marque en effet « un choix entre deux éléments ou plus » (Banque de dépannage linguistique, avril 2018 (en ligne)).³ En théorie, cette locution pourrait ainsi renvoyer uniquement à la situation où il y a plusieurs fautes distinctes.

[26] Cependant, comme le fait remarquer la Cour d’appel, la version anglaise de l’art. 1480 *C.c.Q.* ne laisse place à aucune équivoque. On y retrouve la locution « *in either case* » qui exprime un choix entre seulement deux éléments par opposition à une pluralité indéfinie d’éléments (*Canadian Oxford Dictionary* (2^e éd. 2004), par K. Barber, « *either* »; *Gage Canadian Dictionary* (éd. rév. et aug. 1997), par G. D. de Wolf et autres, « *either* »; *Guide to Canadian English Usage* (2^e éd. 2007), par M. Fee et J. McAlpine, « *either . . . or, neither . . . nor* »). La version anglaise exclut donc la possibilité que la condition exigeant qu’il soit impossible d’identifier l’auteur de la faute ayant causé préjudice se rattache exclusivement à la notion de « fautes distinctes », lesquelles sont en nombre indéterminé.

[27] Les versions anglaise et française des lois québécoises ont la même valeur juridique (*Charte*

³ Je précise que le *Multidictionnaire de la langue française* énonce pour sa part que la locution « l’un ou l’autre » signifie « [u]n seul des deux » (M.-É. de Villers (5^e éd. 2009), voir tableau « un », p. 1639 (je souligne)). Puisque ce dictionnaire se limite à un exemple qui ne correspond pas à la structure de l’art. 1480 *C.c.Q.*, j’estime que la Banque de dépannage linguistique de l’Office québécois de la langue française est plus complète sur ce point précis.

French language, CQLR, c. C-11, s. 7(3), consistently with s. 133 of the *Constitution Act, 1867*; see *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, at p. 879). Here, the English version of art. 1480 *C.C.Q.* does not conflict with the French version; rather, it confirms the most natural reading of the French words. It follows that the only possible interpretation is that the words “*dans l’un ou l’autre cas*” link that requirement to both the scenarios contemplated in art. 1480 *C.C.Q.*, that is, both that of joint participation in a wrongful act and that of separate faults.

[28] This interpretation is also the one that is most consistent with the scheme and object of the statute and with the intention of the legislature.

(b) *Scheme and Object of the Statute and Intention of the Legislature*

[29] The general civil liability framework set out in art. 1457 *C.C.Q.* is based on the concept of fault. Unless an exception applies, a person is accordingly liable to pay compensation only for damage caused by his or her own fault (J.-L. Baudouin, P. Deslauriers and B. Moore, *La responsabilité civile* (8th ed. 2014), at No. 1-161; P. Deschamps, “Faute personnelle”, in *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile* (loose-leaf), vol. 1, by P.-C. Lafond, ed., fasc. 17, at para. 96).

[30] It is consistent with the scheme of our civil liability system to interpret art. 1480 *C.C.Q.* such that, in every case, solidarity can be imposed only if it is impossible to identify the person who committed the fault that caused the injury. To limit this outcome to cases involving separate faults, while excluding those involving joint participation in wrongful acts from the scope of this provision, would place the provision in conflict with the central role of causation in the scheme of extracontractual liability established by the *Code*.

[31] It was in the name of fairness that the legislature chose not to leave a victim without recourse where two or more persons have jointly taken part in a wrongful act or have committed separate faults and it is impossible to determine who committed

de la langue française, RLRQ, c. C-11, par. 7(3), conformément à l’art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; voir *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, p. 879). Ici, la version anglaise de l’art. 1480 *C.c.Q.* ne contredit pas la version française; elle confirme plutôt la lecture la plus naturelle du texte de celle-ci. Il s’ensuit que la seule interprétation possible est que la locution « dans l’un ou l’autre cas » rattache cette exigence aux deux cas de figure énoncés à l’art. 1480 *C.c.Q.*, soit le fait collectif fautif et les fautes distinctes.

[28] De surcroît, il s’agit de l’interprétation la plus conforme à l’économie de la loi, à son objet et à l’intention du législateur.

b) *L’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur*

[29] Le régime général de responsabilité civile établi à l’art. 1457 *C.c.Q.* est fondé sur le concept de faute. Sauf exception, une personne n’est en conséquence tenue de compenser que le seul dommage qu’elle a causé par sa propre faute (J.-L. Baudouin, P. Deslauriers et B. Moore, *La responsabilité civile* (8^e éd. 2014), n^o 1-161; P. Deschamps, « Faute personnelle », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile* (feuilles mobiles), vol. 1, par P.-C. Lafond, dir., fasc. 17, par. 96).

[30] Interpréter l’art. 1480 *C.c.Q.* d’une manière qui a pour effet d’exiger, dans tous les cas, qu’il soit impossible d’identifier l’auteur de la faute ayant causé le préjudice pour que la solidarité puisse être imposée est conforme à l’économie de notre système de responsabilité civile. Limiter cette éventualité aux seuls cas de fautes distinctes, et exclure les cas de fait collectif fautif de la portée de cette disposition, mettrait celle-ci en porte-à-faux avec le rôle central du lien de causalité dans le régime de responsabilité extracontractuelle établi par le *Code*.

[31] C’est par souci d’équité que le législateur choisit de ne pas laisser les victimes sans recours en cas de fait collectif fautif ou de fautes distinctes quand il est impossible de déterminer qui est l’auteur de la faute ayant effectivement causé le

the fault that actually caused the injury (Baudouin, Deslauriers and Moore, at No. 1-725; L. Khoury, “Lien de causalité”, in *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile* (loose-leaf), vol. 1, by P.-C. Lafond, ed., fasc. 21, at para. 32). As the Minister of Justice mentioned, art. 1480 *C.C.Q.* resolves the problem of apportionment of liability among those who are at fault (Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. I, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), at p. 906). He added that, in the cases contemplated in art. 1480 *C.C.Q.*, the rule of solidarity applies [TRANSLATION] “to protect the victim, because, in the circumstances, the victim is unable to establish a causal connection between the injury he or she suffered and the causal fault” (*ibid.*). The legislature has thus ensured that the victim does not bear the consequences of evidentiary difficulties that can be attributed to the situation in which he or she has been placed by the persons who committed the faults (see also P. Deschamps, “Cas d’exonération et partage de responsabilité en matière extracontractuelle”, in *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile* (loose-leaf), vol. 1, by P.-C. Lafond, ed., fasc. 22, at para. 15; Khoury, at para. 32).

[32] Where it can be shown which fault caused which injury, however, there is no indication that the legislature had any intention of deviating from the general principle of civil liability that a person is liable for reparation only of injuries caused by his or her own fault.

[33] Indeed, in cases of extracontractual liability, it cannot be said that the requirement provided for in art. 1480 *C.C.Q.* that it be impossible to determine who committed the fault that caused the injury does not apply in situations involving joint participation in wrongful acts. If that were the case, it would have been redundant for the legislature to seek by means of that article to impose solidarity on those who jointly take part in such an act. That is already provided for in art. 1526 *C.C.Q.*, according to which “[t]he obligation to make reparation for injury caused to another through the fault of two

préjudice (Baudouin, Deslauriers et Moore, n° 1-725; L. Khoury, « Lien de causalité », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile* (feuilles mobiles), vol. 1, par P.-C. Lafond, dir., fasc. 21, par. 32). Comme le mentionne le ministre de la Justice, l’art. 1480 *C.c.Q.* règle le problème du partage de la responsabilité entre les auteurs des fautes (ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), p. 906). Le ministre ajoute que la règle de la solidarité s’impose dans les cas d’application de l’art. 1480 *C.c.Q.* « pour assurer la protection de la victime car celle-ci ne peut, dans les circonstances, établir le lien de causalité entre le préjudice qu’elle a subi et la faute causale » (*ibid.*). De cette façon, le législateur s’assure que la victime ne subit pas les conséquences de difficultés de preuve imputables à la situation dans laquelle les auteurs des fautes l’ont placée (voir aussi P. Deschamps, « Cas d’exonération et partage de responsabilité en matière extracontractuelle », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile* (feuilles mobiles), vol. 1, par P.-C. Lafond, dir., fasc. 22, par. 15; Khoury, par. 32).

[32] Par contre, quand il est possible de démontrer que telle faute a causé tel préjudice, rien n’indique une quelconque intention du législateur de vouloir déroger au principe général de la responsabilité civile voulant qu’une personne ne soit tenue de réparer que le seul préjudice qu’elle a causé par sa faute.

[33] De fait, en matière de responsabilité extracontractuelle, on ne saurait affirmer que la condition prévue à l’art. 1480 *C.c.Q.*, exigeant qu’il soit impossible de déterminer qui est l’auteur de la faute ayant causé le préjudice, ne s’applique pas aux situations de « fait collectif fautif ». Si c’était le cas, il serait alors redondant pour le législateur de vouloir imposer la solidarité entre les participants à un fait collectif fautif par le biais de cet article. Cela est en effet déjà prévu à l’art. 1526 *C.c.Q.*, lequel édicte que « [l]’obligation de réparer le préjudice causé à autrui par la faute de deux personnes ou plus est

or more persons is solidary where the obligation is extra-contractual.”

[34] The purpose of art. 1480 *C.C.Q.* is instead to impose solidary liability on two or more persons for the whole of the injury in situations in which, because of evidentiary difficulties, the application of the general principles of extracontractual liability would not result in solidarity (see *Simard v. Lavoie*, 2005 CanLII 48674 (Que. Sup. Ct.), at paras. 8-10). Article 1480 *C.C.Q.* thus has the effect, where the conditions for its application are met, of shifting the burden of proof with respect to causation (*St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491, at para. 118; Khoury, at para. 32). In other words, the article relieves the victim of the burden of proving which person actually caused an injury where it is impossible for him or her to do so. This is an adaptation of the burden of proof in respect of causation — as a constituent element of civil liability — that is justified by necessity.

[35] To some, the essence of art. 1480 *C.C.Q.* thus boils down to the creation of a sort of [TRANSLATION] “presumption of solidarity” to the effect that each person who commits a fault is liable for the whole of the injury suffered (*Larouche v. Simard*, 2009 QCCS 529, [2009] R.J.Q. 768, at para. 200; see also V. Karim, *Les obligations* (4th ed. 2015), vol. 1, at para. 3456; Baudouin and Jobin, at No. 615).

[36] One thing is clear, however. The liability provided for in art. 1480 *C.C.Q.* favours compensation of the victim. This objective is readily understandable in cases in which fault is established but it is impossible to prove a causal connection between the fault and the injury suffered by the victim. But it is hard to justify imposing liability for the whole of the injury where the evidence shows that a given fault caused only part of the injury or where it would have been possible for the victim to adduce such evidence.

[37] The legislative history supports this interpretation of art. 1480 *C.C.Q.* At the time of the reform of the former *Code*, Quebec’s Civil Code Revision

solidaire, lorsque cette obligation est extracontractuelle. »

[34] L’article 1480 *C.c.Q.* vise plutôt à imputer solidairement à plusieurs personnes la responsabilité de la totalité du préjudice dans des situations où, en raison de difficultés de preuve, il n’y aurait pas eu solidarité suivant l’application des principes généraux de la responsabilité extracontractuelle (voir *Simard c. Lavoie*, 2005 CanLII 48674 (C.S. Qc), par. 8-10). L’article 1480 *C.c.Q.* a ainsi pour effet, quand ses conditions d’application sont remplies, d’opérer un renversement du fardeau de la preuve pour ce qui est de la causalité (*St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491, par. 118; Khoury, par. 32). Autrement dit, cet article épargne à la victime le fardeau de prouver quelle personne est véritablement l’auteur de son préjudice lorsqu’elle est placée dans un cas de figure où cette preuve est impossible. Il s’agit d’une modulation du fardeau de preuve relatif au lien causal — en tant qu’élément constitutif de la responsabilité civile — qui est justifiée par un état de nécessité.

[35] Pour certains, l’essence de l’art. 1480 *C.c.Q.* se résume à créer, en quelque sorte, une « présomption de solidarité » suivant laquelle chaque personne fautive est tenue responsable de la totalité du préjudice subi (*Larouche c. Simard*, 2009 QCCS 529, [2009] R.J.Q. 768, par. 200; voir aussi V. Karim, *Les obligations* (4^e éd. 2015), vol. 1, par. 3456; Baudouin et Jobin, n^o 615).

[36] Une chose reste claire toutefois. La responsabilité prévue à l’art. 1480 *C.c.Q.* favorise l’indemnisation de la victime. Cet objectif se comprend aisément lorsque la faute est démontrée, mais qu’il est impossible de prouver le lien causal entre celle-ci et le préjudice subi par la victime. Par contre, imposer la responsabilité à l’égard de l’entièreté du préjudice se justifie difficilement lorsque la preuve démontre qu’une faute n’a causé qu’une partie du préjudice subi ou lorsqu’il aurait été possible pour la victime de présenter une telle preuve.

[37] L’historique législatif appuie cette interprétation de l’art. 1480 *C.c.Q.* Au moment de la réforme de l’ancien *Code*, l’Office de révision du Code civil

Office proposed an earlier version of the article that did not include either the concept of joint participation in a wrongful act or the words “in either case” (Committee on the Law of Obligations, *Report on Obligations* (1975), at pp. 376-79). The addition of the concept of joint participation in a wrongful act coincided with the addition of the words “in either case”, which suggests that the legislature intended both situations contemplated in art. 1480 *C.C.Q.*, that of joint participation in such an act and that of separate faults, to be subject to the requirement that it be impossible to identify the person who caused the injury.

[38] In summary, the wording of art. 1480 *C.C.Q.*, the scheme and object of the statute, and the legislature’s intention all suggest that this article applies only where it is impossible to identify the person who committed the fault that caused the injury. Moreover, this interpretation has been adopted by the commentators, by this Court in *St-Jean*, and by the Quebec courts (*Code civil du Québec: Annotations — Commentaires 2017-2018* (2nd ed. 2017), by B. Moore, ed., et al., at p. 1258; Baudouin and Jobin, at No. 617; F. Levesque, *L’obligation in solidum en droit privé québécois* (2010), at p. 235; Khoury, at para. 32; N. Vézina and L. Langevin, “Les modalités de l’obligation”, in *Collection de droit de l’École du Barreau du Québec 2017-2018*, vol. 6, *Obligations et contrats* (2017), 115, at p. 125 (footnote 84); *St-Jean*, at paras. 118-20; *Lavoie*, at paras. 9 and 15; *Assurances générales des Caisses Desjardins inc. v. Morissette*, [2005] R.R.A. 1273 (C.Q.), at paras. 37-39). No commentator or court has supported the interpretation proposed by the City in the courts below.

(c) *Application to the Instant Cases*

[39] In these cases, the trial judge found that the evidence made it possible to link each of the faults committed by the respondents to a specific injury. This finding is amply supported by the evidence that was considered in each case. It is therefore not appropriate to hold the respondents solidarily liable under art. 1480 *C.C.Q.* for the whole of the damage done to a particular patrol car during the riot. Article 1480 does not justify holding a defendant

proposait en effet une version antérieure de cet article dont étaient absentes à la fois la notion de « fait collectif fautif » et les mots « dans l’un ou l’autre cas » (Comité du droit des obligations, *Rapport sur les obligations* (1975), p. 375-378). L’ajout de la notion de fait collectif fautif coïncide avec l’ajout des mots « dans l’un ou l’autre cas ». Cela indique que le législateur a voulu assujettir les deux éventualités prévues à l’art. 1480 *C.c.Q.* — soit le fait collectif fautif et les fautes distinctes — à la condition exigeant qu’il soit impossible d’identifier l’auteur du préjudice.

[38] En somme, tant le libellé de l’art. 1480 *C.c.Q.* que l’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur indiquent que cet article ne s’applique que dans les cas où il est impossible d’identifier l’auteur de la faute ayant causé le préjudice. Il s’agit du reste de l’interprétation retenue par la doctrine, par notre Cour dans l’arrêt *St-Jean*, ainsi que par les tribunaux québécois (*Code civil du Québec : Annotations — Commentaires 2017-2018* (2^e éd. 2017), par B. Moore, dir., et autres, p. 1258; Baudouin et Jobin, n^o 617; F. Levesque, *L’obligation in solidum en droit privé québécois* (2010), p. 235; Khoury, par. 32; N. Vézina et L. Langevin, « Les modalités de l’obligation », dans *Collection de droit de l’École du Barreau du Québec 2017-2018*, vol. 6, *Obligations et contrats* (2017), 115, p. 125 (note en bas de page 84); *St-Jean*, par. 118-120; *Lavoie*, par. 9 et 15; *Assurances générales des Caisses Desjardins inc. c. Morissette*, [2005] R.R.A. 1273 (C.Q.), par. 37-39). Aucune doctrine ni jurisprudence n’appuient l’autre interprétation proposée par la Ville devant les juridictions inférieures.

c) *L’application aux présents dossiers*

[39] En l’espèce, le juge de première instance a conclu que la preuve permet de rattacher chacune des fautes commises par les intimés à un préjudice précis. Dans chaque dossier, la preuve analysée supporte amplement cette conclusion. Par conséquent, il n’y a pas lieu de tenir les intimés solidairement responsables, aux termes de l’art. 1480 *C.c.Q.*, de la totalité des dommages causés pendant l’émeute à l’auto-patrouille qui les concerne. Cet article ne

liable for damage that is known not to have been caused by his or her fault on the basis that the victim cannot identify the person who caused the damage in question. It is of course unfortunate that the person who committed a fault sometimes cannot be found. But in Quebec civil law, such a situation does not in itself justify imposing additional liability on persons who committed separate faults that, according to the evidence accepted by the trier of fact, caused separate injuries.

[40] What the City does in its submissions is effectively to challenge the trial judge's finding on the causal connection between the various faults that were committed and the injury each of them caused. In each of the cases, however, his thorough analysis of the evidence linked each respondent's wrongful act to the injury it had directly caused, namely the *partial* destruction of the patrol car in question. The trial judge found no causal connection between those wrongful acts and the *total* destruction of the vehicle, the injury for which the City was seeking compensation. In his analysis, he also made a point of stating that the fact that the rioters had encouraged one another had not contributed to or caused the aggregate injury complained of by the City.

[41] Whether a causal connection exists is a question of fact that is not open to review by an appellate court unless a palpable and overriding error has been made in answering it (*Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352, at para. 36; *St-Jean*, at paras. 104-5). The City has failed to establish such an error. When all is said and done, what it is asking is that we substitute our assessment of the evidence for that of the trial judge. Doing so would be consistent neither with the law in this regard nor with this Court's role.

(2) Joint Participation in a Wrongful Act That Resulted in Injury

[42] For art. 1480 *C.C.Q.* to apply, the City therefore had to establish that it was impossible to determine who had committed the fault that caused *the* injury *at issue*, which was not the case here. It also had to show that the respondents had jointly taken

permet pas d'imposer à un défendeur la responsabilité d'un dommage que l'on sait ne pas avoir été causé par sa faute au motif que la victime ne peut retrouver l'auteur de ce dommage. Il est certes déplorable que l'auteur d'une faute demeure parfois introuvable. Toutefois, en droit civil québécois, une telle situation ne justifie pas en soi d'imposer une responsabilité additionnelle aux auteurs de fautes distinctes qui, selon la preuve retenue par le juge d'instance, ont causé des préjudices distincts.

[40] En réalité, par son argumentation, la Ville remet en question la conclusion du premier juge sur le lien de causalité entre les diverses fautes commises et le préjudice qu'elles ont respectivement causé. Pourtant, dans son analyse fouillée de la preuve, le juge rattache dans tous les cas le geste fautif de chacun des intimés au préjudice direct qu'il a causé, soit la destruction *partielle* de l'auto-patrouille concernée. Le juge estime qu'il n'existe pas de lien causal entre ces gestes fautifs et la destruction *totale* du véhicule, soit le préjudice à l'égard duquel la Ville réclame compensation. Le juge prend en outre le soin de préciser, dans le cadre de son analyse, que les encouragements entre émeutiers n'ont pas contribué au préjudice global dont la Ville se plaint, ni causé ce préjudice.

[41] L'existence ou non du lien de causalité est une question de fait qui ne peut être révisée par un tribunal d'appel en l'absence d'erreur manifeste et déterminante à cet égard (*Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352, par. 36; *St-Jean*, par. 104-105). La Ville n'a pas su établir une telle erreur. En définitive, elle nous invite à substituer notre évaluation de la preuve à celle du juge des procès. Cela n'est ni permis par l'état du droit sur la question, ni notre rôle en la matière.

(2) Le fait collectif fautif qui entraîne le préjudice

[42] Pour que l'art. 1480 *C.c.Q.* trouve application, la Ville devait donc démontrer qu'il était impossible de déterminer qui est l'auteur de la faute ayant causé *le* préjudice *reproché*, ce qui n'est pas le cas ici. La Ville devait également démontrer que les intimés

part in a wrongful act that resulted in the injury or had committed separate faults each of which may have caused that same injury. On this point, the City submits that the respondents jointly took part in a wrongful act by taking part in the riot or in the whole of the acts that allegedly caused the total loss of each patrol car.

[43] On the subject of this second condition for the application of art. 1480 *C.C.Q.*, the trial judge concluded from his assessment of the evidence that the facts did not support a finding of joint participation in a wrongful act. I wish to make it clear here that the trial judge did not merely hold that the riot as a whole did not constitute joint participation in a wrongful act. His analysis also focused on the fact that the defendants did not have a common intention for the acts of vandalism they committed against each of the patrol cars in question in the 10 cases before him. And this was in fact the very question he had to answer, given the City's election to bring a separate action for each damaged patrol car. Here again, his determination on the issue of joint participation in a wrongful act is not open to review absent a palpable and overriding error on his part. A simple difference of opinion about the assessment of the evidence does not suffice.

[44] On balance, the trial judge found that the riot was not the cause, but the occasion, of the injury. He added that the common venture alleged by the City had not been established given the absence of a clear intention or a plot to commit mischief. The City has not satisfied me that he erred in this finding. Its arguments reflect an incorrect analysis of the judicial precedents on the common venture concept and a misunderstanding of the concept of joint participation in a wrongful act to which art. 1480 *C.C.Q.* now applies.

- (a) *Extracontractual Solidarity Under the Civil Code of Lower Canada and the "Common Venture" Concept*

[45] The current scheme of extracontractual solidarity set out in arts. 1480 and 1526 *C.C.Q.* is a

avaient soit participé à un fait collectif fautif ayant entraîné le préjudice, soit commis des fautes distinctes dont chacune était susceptible d'avoir causé ce même préjudice. À ce chapitre, la Ville soutient que les intimés auraient participé à un fait collectif fautif par leur implication dans l'émeute ou dans l'ensemble des actes qui auraient causé la perte totale de chaque auto-patrouille.

[43] Or, relativement à cette deuxième condition d'application de l'art. 1480 *C.c.Q.*, le juge de première instance conclut de son évaluation de la preuve que les faits n'appuient pas l'existence d'un fait collectif fautif. Je précise sur ce point que le juge ne se contente pas de décider que l'émeute dans son ensemble ne constitue pas un fait collectif fautif. Son analyse porte tout autant sur l'absence d'intention commune des défendeurs à l'égard des actes de vandalisme commis sur chacune des autos-patrouilles visées par les 10 dossiers dont il est saisi. Il s'agit du reste de la question même qu'il devait trancher, en raison du choix de la Ville d'entreprendre un recours distinct pour chaque auto-patrouille endommagée. Encore là, son évaluation de l'existence d'un fait collectif fautif ne saurait être remise en question en l'absence d'une erreur manifeste et déterminante de sa part. Une simple divergence d'opinions sur l'évaluation de la preuve ne suffit pas.

[44] Tout bien considéré, le premier juge conclut que l'émeute n'est pas la cause, mais l'occasion du préjudice subi. Il ajoute que l'aventure commune alléguée par la Ville n'a pas été établie vu l'absence d'intention claire de commettre un méfait ou de concertation à cet effet. La Ville ne me convainc pas qu'il fait erreur à cet égard. Les arguments qu'elle avance témoignent d'une mauvaise analyse de la portée de la jurisprudence antérieure sur la notion d'aventure commune et d'une compréhension erronée de la notion de fait collectif fautif que vise dorénavant l'art. 1480 *C.c.Q.*

- a) *La solidarité en matière extracontractuelle sous le Code civil du Bas-Canada et la notion d'« aventure commune »*

[45] Le régime actuel de solidarité en matière extracontractuelle établi aux art. 1480 et 1526 *C.c.Q.*

codification of rules developed by the courts under the former *Code* (Baudouin, Deslauriers and Moore, at No. 1-680; Levesque, at p. 196; Court of Appeal's reasons, at para. 38). Article 1106 *C.C.L.C.* provided only that "[t]he obligation arising from the common offence or quasi-offence of two or more persons is joint and several", but the courts nonetheless interpreted the article broadly to include in its scope situations in which different persons had committed a number of separate offences or quasi-offences that had all contributed to the same injury (*Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] S.C.R. 745; *Grand Trunk Railway Co. of Canada v. McDonald* (1918), 57 S.C.R. 268). Thus, the courts went beyond common, contributory and simultaneous faults to extend the application of the article to situations involving what they referred to as a [TRANSLATION] "common venture" (Court of Appeal's reasons, at paras. 29-35).

[46] The effect of those decisions that expanded the scope of art. 1106 *C.C.L.C.* was that the "common venture" concept could also serve as a basis for the courts to find defendants jointly and severally liable. Such a finding was imperative in situations involving extracontractual fault where, first, a court identified an intention, even a tacit one, to take part in the wrongful "common venture" and, second, the acts alleged against the defendants had caused a single injury that might be impossible to connect in whole or in part with the fault of one defendant in particular. The City is relying heavily on those decisions, which in fact do not really assist it here. A brief review of the decisions in question helps clarify the actual scope of the principles developed in this regard under the former scheme.

[47] First, in *D'Allaire v. Trépanier*, [1961] C.S. 619 (Que.), the Superior Court found that the fact that a child had [TRANSLATION] "actively [taken] part" in a "risky common venture", that of children throwing stones at one another, was sufficient to make all the participants jointly and severally liable (p. 620) even though the evidence made it possible to identify the child who had thrown the stone that actually broke the victim's teeth.

se veut une codification de règles jurisprudentielles développées en application de l'ancien *Code* (Baudouin, Deslauriers et Moore, n° 1-680; Levesque, p. 196; décision de la Cour d'appel, par. 38). L'article 1106 *C.c.B.-C.* prévoyait en effet uniquement ce qui suit : « L'obligation résultant d'un délit ou quasi-délit commis par deux personnes ou plus est solidaire. » Malgré cela, les tribunaux ont interprété largement cet article et inclus dans son champ d'application les situations impliquant plusieurs délits ou quasi-délits distincts, commis par des personnes différentes et ayant tous contribué au même préjudice (*Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745; *Grand Trunk Railway Co. of Canada c. McDonald* (1918), 57 R.C.S. 268). Ainsi, en plus des fautes communes, contributoires et simultanées, les tribunaux ont élargi l'application de cet article à des situations qu'ils ont qualifiées d'« aventure commune » (décision de la Cour d'appel, par. 29-35).

[46] En vertu de cette jurisprudence ayant élargi la portée de l'art. 1106 *C.c.B.-C.*, la notion d'« aventure commune » permettait également aux tribunaux de conclure à l'existence de responsabilité solidaire. Une telle conclusion s'imposait dans des situations de fautes extracontractuelles où, d'une part, les tribunaux pouvaient dégager la présence d'une intention, même tacite, de participer à l'« aventure commune » fautive et où, d'autre part, les actes reprochés aux défendeurs causaient un préjudice unique, parfois impossible à rattacher en tout ou en partie à la faute de l'un d'eux en particulier. La Ville s'appuie fortement sur ces décisions qui, pour tout dire, ne la servent pas vraiment en l'espèce. Une brève revue de cette jurisprudence permet de bien saisir la portée réelle des principes développés à ce sujet sous l'ancien régime.

[47] Tout d'abord, dans *D'Allaire c. Trépanier*, [1961] C.S. 619 (Qc), la Cour supérieure a conclu que le fait qu'un enfant avait « pris une part active » dans « une aventure commune risquée », soit se lancer mutuellement des cailloux entre enfants, était suffisant pour établir la responsabilité solidaire de tous les participants (p. 620), et ce, bien que la preuve ait permis d'identifier l'enfant ayant lancé la pierre qui avait cassé les dents de la victime.

[48] Then, in *Gagné v. Monzerolle*, [1967] B.R. 899 (Que.) (summary), the Court of Appeal found that a car race was a [TRANSLATION] “common enterprise” and held that the two drivers who had taken part in it were jointly and severally liable for the death of the victim, with whom they had collided almost simultaneously. Rejecting one defendant’s argument that his car had merely grazed the victim’s vehicle, the Court of Appeal concluded that “regardless . . . of whether the death was caused by the first or the second impact, [this defendant] is partly responsible” (p. 899).

[49] Next, in *Laxton v. Sylvestre*, [1972] C.S. 297 (Que.), aff’d [1975] C.A. 648 (Que.), the Superior Court characterized a fight between two children who had been trying to grab hold of a needle as a [TRANSLATION] “collective fault” (p. 299) and found that they were jointly and severally liable even though it was known which child had been holding the needle at the time a third child was stabbed in the eye.

[50] As well, in *Massignani v. Veilleux*, [1987] R.L. 247 (Que.), an argument between four hunters resulted in two of them being shot either by the other two or by one of the other two. The Court of Appeal concluded that, [TRANSLATION] “even if it is assumed that only one of the two appellants fired the shot or two shots that injured the respondents, the appellants must be found to be jointly and severally liable They took part in a common venture that was unlawful, extremely careless and dangerous” (p. 253).

[51] In *Royale du Canada, Cie d’assurance v. Légaré*, [1991] R.J.Q. 91, a case in which a fire started by two children had accidentally spread to a shopping centre, the Superior Court characterized [TRANSLATION] “a common act” in which the children had actively taken part as an “ill-fated venture” (p. 95). It accordingly found that they were jointly and severally liable.

[52] Finally, in *Dumont v. Desjardins*, [1994] R.R.A. 459 (Que. Sup. Ct.), two children had been shooting at a third child for fun with a pellet gun when the other child suffered an eye injury. Although the evidence showed which of the two children had

[48] Par la suite, dans *Gagné c. Monzerolle*, [1967] B.R. 899 (Qc) (résumé), considérant qu’une course de voitures constituait une « commune entreprise », la Cour d’appel a tenu les deux chauffeurs y ayant participé solidairement responsables de la mort de la victime qu’ils avaient heurtée presque simultanément. Rejetant l’argument d’un des défendeurs qui prétendait n’avoir que frôlé le véhicule de la victime, la cour en est arrivée à la conclusion qu’« il import[ait] peu [. . .] que la mort ait été causée par le premier ou le second choc, [ce défendeur ayant] sa part de responsabilité » (p. 899).

[49] Par ailleurs, dans *Laxton c. Sylvestre*, [1972] C.S. 297 (Qc), conf. par [1975] C.A. 648 (Qc), la Cour supérieure a qualifié de « faute collective » une dispute entre deux enfants qui tentaient de s’emparer d’une aiguille (p. 299), et conclu à leur responsabilité solidaire, en dépit du fait que l’on savait qui tenait l’aiguille au moment où l’œil d’un troisième enfant avait été crevé.

[50] Dans *Massignani c. Veilleux*, [1987] R.L. 247 (Qc), cette fois, à la suite d’une querelle entre quatre chasseurs, deux d’entre eux avaient été blessés par balle soit par deux autres soit par l’un de ceux-ci. La Cour d’appel a conclu ainsi : « . . . même en assumant qu’un seul des deux appelants a tiré ou les deux coups de feu qui ont blessé les intimés, leur responsabilité solidaire doit être retenue [. . .] Les deux appelants se sont engagés dans une aventure commune, illégale, singulièrement imprudente et dangereuse » (p. 253).

[51] Dans *Royale du Canada, Cie d’assurance c. Légaré*, [1991] R.J.Q. 91, une affaire dans laquelle deux enfants avaient allumé un feu qui s’était involontairement propagé à un centre commercial, la Cour supérieure a qualifié d’« aventure malheureuse » « le fait commun » auquel avaient participé activement ces enfants (p. 95). Elle a en conséquence retenu leur responsabilité solidaire.

[52] Finalement, dans *Dumont c. Desjardins*, [1994] R.R.A. 459 (C.S. Qc), deux enfants qui s’amusaient à tirer sur un troisième avec une carabine à plomb l’avaient blessé à l’œil. Bien que la preuve ait révélé lequel des deux enfants avait tiré, le juge a lui aussi

fired the shot, the judge in that case, too, stated that the [TRANSLATION] “ill-fated venture” had been “a common act of the two children” (p. 470) and found that they were jointly and severally liable.

[53] In each of the above cases, it was established that there was an intention, often tacit, to take part in the wrongful “common venture”. Regardless of whether the context was that of children’s games (*D’Allaire, Dumont*), fights (*Laxton, Massignani*), a car race (*Gagné*) or the starting of a fire (*Légaré*), the courts found in effect that the defendants had had a common intention to jointly take part in the act that had caused the injury. In addition, the acts alleged against the defendants in those cases had all resulted in a single, easily identifiable injury.

[54] It is true that, in all the cases in question except *Massignani*, the evidence also showed on a balance of probabilities which person had committed the specific act that caused the injury. Yet this did not preclude the imposition of joint and several liability. However, as the Court of Appeal rightly observed in the cases at bar, the courts had under the former *Code* applied this “common venture” concept to impose joint and several liability, even where the circumstances generally supported a finding of common fault or contributory faults. At the time, there was no need to clearly distinguish the concepts of common venture, common fault and contributory faults, because a single article, art. 1106 *C.C.L.C.*, applied without distinction to all these possibilities.⁴ It is therefore important to approach the principles enunciated in those cases with caution, and not to read into the decisions something that was not said.

affirmé dans cette affaire que l’« aventure malheureuse » était « le fait commun des deux enfants » (p. 470) et il a conclu à leur responsabilité solidaire.

[53] Dans chacune de ces affaires, l’existence d’une intention, souvent tacite, de participer à l’« aventure commune » fautive avait été établie. Que ce soit dans le cas des jeux d’enfants (*D’Allaire, Dumont*), des querelles (*Laxton, Massignani*), de la course de voitures (*Gagné*) ou du feu qui avait été allumé (*Légaré*), les tribunaux avaient effectivement décelé une intention commune de la part des défendeurs de participer à l’acte collectif ayant causé le préjudice. En outre, les actes reprochés aux défendeurs dans ces affaires avaient tous entraîné un préjudice unique aisément identifiable.

[54] Il est vrai que, dans toutes ces affaires, sauf *Massignani*, la preuve révélait aussi quelle personne avait posé le geste précis ayant causé le préjudice selon la prépondérance des probabilités. Cette constatation ne faisait pas échec pour autant à l’imputation d’une responsabilité solidaire. Cependant, comme le mentionne avec justesse la Cour d’appel en l’espèce, sous le régime de l’ancien *Code*, les tribunaux ont eu recours à cette notion d’« aventure commune » afin de conclure à la responsabilité solidaire, et ce, même dans des cas où les circonstances permettaient généralement de conclure à l’existence d’une faute commune ou de fautes contributoires. En effet, à cette époque, il n’était pas nécessaire d’établir une distinction claire entre ces divers concepts d’aventure commune, de faute commune ou de fautes contributoires, puisqu’un seul article, l’art. 1106 *C.c.B.-C.*, s’appliquait indistinctement à tous ces cas de figure⁴. Il faut donc aborder avec prudence les enseignements de cette jurisprudence et ne pas lire dans ces décisions ce qu’elles ne disent pas.

⁴ And as can be seen, the terminology used at the time was fluid: the courts used the terms “common venture”, “common enterprise”, “common act” and “collective fault” interchangeably.

⁴ On constate d’ailleurs la fluidité de la terminologie à l’époque : les tribunaux utilisaient de façon interchangeable les termes « aventure commune », « commune entreprise », « fait commun » ou « faute collective ».

- (b) *Solidarity Under the Current Code for Jointly Taking Part in a Wrongful Act*
- (i) Relationship Between Article 1106 C.C.L.C. and Articles 1480 and 1526 C.C.Q.

[55] Two articles of the current *Code* provide for solidary liability in cases of extracontractual fault. The first, art. 1480 *C.C.Q.*, concerns, in part, joint participation in wrongful acts. The common intention and single injury requirements remain, but for the provision to apply, proof that it is impossible to determine who committed the fault that caused the injury is now required.

[56] Unlike art. 1106 of the former *Code*, art. 1480 of the new *Code* now expressly provides that a court may not impose solidary liability on persons who have jointly taken part in a wrongful act unless it is impossible to determine which of them actually caused the injury. This requirement is not inherent in the concept of joint participation in a wrongful act, but in light of the article's wording, it must nonetheless now be met in order to justify a finding of solidary liability against persons who have jointly taken part in such an act.

[57] The second article, art. 1526 *C.C.Q.*, concerns a common fault or contributory faults that, here again, caused a single injury (Baudouin, Deslauriers and Moore, at Nos. 1-720 to 1-722; *Code civil du Québec: Annotations — Commentaires 2017-2018*, at p. 1287; Lluellas and Moore, at No. 2578). It should be mentioned in this regard that art. 1526 *C.C.Q.* imposes solidarity on persons who have committed a common fault or contributory faults even where the evidence shows which person committed the fault that actually caused the injury. Thus, it is under art. 1526 *C.C.Q.*, not under art. 1480 *C.C.Q.*, that solidary liability can now be imposed on those who commit common or contributory faults, for which the courts formerly sometimes used the expression “common venture”. Of the various cases discussed in the preceding section, *Massignani* is therefore the only one that would likely be covered by art. 1480 *C.C.Q.* The others (*D’Allaire, Gagné,*

- b) *La solidarité sous le régime du Code actuel en cas de fait collectif fautif*
- (i) La relation entre l’art. 1106 C.c.B.-C. et les art. 1480 et 1526 C.c.Q.

[55] Dans le *Code* actuel, deux articles encadrent la responsabilité solidaire en matière de fautes extracontractuelles. Le premier, l’art. 1480 *C.c.Q.*, vise notamment le fait collectif fautif. L’exigence relative à l’existence d’une intention commune et d’un préjudice unique demeure, mais l’application de la disposition requiert dorénavant la preuve de l’impossibilité de déterminer l’auteur de la faute ayant causé le préjudice.

[56] Contrairement à l’art. 1106 de l’ancien *Code*, l’art. 1480 du nouveau *Code* exige désormais expressément qu’il soit impossible de déterminer lequel des participants à un fait collectif fautif a effectivement causé le préjudice pour que le tribunal puisse les condamner solidairement. Cette exigence ne fait pas partie intégrante de la notion de « fait collectif fautif », mais en raison du libellé de la disposition, elle est néanmoins essentielle pour justifier dorénavant la condamnation solidaire des participants à un fait collectif fautif.

[57] Le second, l’art. 1526 *C.c.Q.*, vise les fautes communes ou contributoires qui elles aussi causent un préjudice unique (Baudouin, Deslauriers et Moore, nos 1-720 à 1-722; *Code civil du Québec : Annotations — Commentaires 2017-2018*, p. 1287; Lluellas et Moore, n° 2578). À ce propos, il convient de souligner que l’art. 1526 *C.c.Q.* prévoit la solidarité des auteurs d’une faute commune ou de fautes contributoires, et ce, même si la preuve révèle quelle personne a commis la faute qui a effectivement causé le préjudice. C’est donc en vertu de l’art. 1526 *C.c.Q.* que l’on obtient aujourd’hui la condamnation solidaire des auteurs de fautes communes ou contributoires, situations que la jurisprudence antérieure qualifiait parfois d’« aventures communes », et non par l’entremise de l’art. 1480 *C.c.Q.* Ainsi, parmi les diverses décisions discutées dans la section précédente, seule l’affaire *Massignani* serait vraisemblablement visée par l’art. 1480 *C.c.Q.* Les autres (*D’Allaire, Gagné,*

Laxton, Légaré and Dumont) would now most likely fall within the scope of art. 1526 *C.C.Q.*

[58] It follows that, although the current legislative provisions governing extracontractual solidarity do codify the pre-existing case law, it would be wrong to say that all the decisions in which the term “common venture” was used would now automatically fall within the scope of art. 1480 *C.C.Q.* That term was formerly employed in a variety of situations that must now be characterized in different ways.

(ii) Case Law on Joint Participation in a Wrongful Act Under Article 1480 *C.C.Q.*

[59] That being said, as the trial judge pointed out, [TRANSLATION] “there are not many cases on the subject of joint participation in a wrongful act” (QCCQ, at para. 16 (CanLII)). Neither in its factum nor at the hearing did the City refer us to any decision rendered since the current *Code* came into force that supports its argument characterizing the respondents’ faults as joint participation in a wrongful act. It is easy to understand why, given that the few cases decided under the current *Code* in which courts have found persons who had jointly taken part in wrongful acts to be solidarily liable in an extracontractual context are distinguishable from this appeal. Like the persons who had jointly taken part in the wrongful acts at issue in the cases decided under the former *Code*, those who had done so in each of the cases decided under the current *Code* shared a common, albeit sometimes tacit, intention, a factor that is sorely lacking in the instant cases.

[60] For example, in *Valois v. Giguère*, 2006 QCCS 1272, the Superior Court relied on art. 1480 *C.C.Q.* to find three defendants solidarily liable for injuries sustained by the plaintiff as a result of blows struck by one of them. The plaintiff was not able to identify his assailant from among the three defendants, all of whom admitted taking part in the same fight but denied striking the critical blow (paras. 49, 57 and 59 (CanLII)).

Laxton, Légaré et Dumont) tomberaient fort probablement aujourd’hui dans le champ d’application de l’art. 1526 *C.c.Q.*

[58] Il s’ensuit que, si les dispositions législatives actuelles régissant la solidarité en matière extracontractuelle codifient la jurisprudence antérieure, il serait erroné d’affirmer que toutes les décisions dans lesquelles était utilisé le terme « aventure commune » relèveraient automatiquement aujourd’hui du champ d’application de l’art. 1480 *C.c.Q.* Cette terminologie était utilisée antérieurement dans différentes situations qui nécessitent maintenant des qualifications distinctes.

(ii) La jurisprudence en matière de fait collectif fautif en vertu de l’art. 1480 *C.c.Q.*

[59] Cela dit, comme le fait remarquer le juge de première instance, « la jurisprudence en matière de “fait collectif fautif” n’abonde pas » (QCCQ, par. 16 (CanLII)). De fait, tant dans son mémoire qu’à l’audience, la Ville ne nous renvoie à aucune décision postérieure à l’entrée en vigueur du *Code* actuel au soutien de son argument qualifiant les fautes des intimés de fait collectif fautif. Il est aisé de comprendre pourquoi. Le contexte des rares décisions rendues sous le régime du *Code* actuel dans lesquelles les tribunaux ont condamné solidairement les auteurs d’un fait collectif fautif en matière extracontractuelle se distinguent de celui du présent pourvoi. En effet, tout comme ceux en cause dans les décisions rendues en vertu de l’ancien *Code*, les participants au fait collectif fautif dans chacune de ces affaires décidées en vertu du *Code* actuel partageaient une intention commune, parfois tacite, facteur qui fait cruellement défaut en l’espèce.

[60] Par exemple, dans *Valois c. Giguère*, 2006 QCCS 1272, la Cour supérieure s’est appuyée sur l’art. 1480 *C.c.Q.* pour déclarer trois défendeurs solidairement responsables des blessures subies par le demandeur en raison des coups assésés par l’un d’entre eux. Le demandeur n’était pas en mesure d’identifier son agresseur parmi les trois défendeurs, lesquels reconnaissaient avoir participé à la même bagarre, mais niaient tous avoir donné le coup fatidique (par. 49, 57 et 59 (CanLII)).

[61] Similarly, in *Bamboukian v. Karamanoukian*, 2014 QCCA 2093, the Court of Appeal affirmed a decision in which the Superior Court had imposed solidary liability on the defendants, who had been involved in two assaults committed a few hours apart for the purpose of settling a personal score. Even though the assaults had been committed by different persons, it was impossible to specifically link the injuries to one of the assaults, and the evidence showed that the two incidents were closely related (paras. 4-5 (CanLII)).

[62] Finally, in *Roy v. Privé*, 2017 QCCS 986, the Superior Court held a defendant liable for the whole of the injuries caused to the plaintiff, who had been attacked simultaneously by two people, each of whom had struck him (paras. 69-70 (CanLII)).

(iii) Common Intention Requirement

[63] As the above decisions show, the existence of a common intention is required for the concept of joint participation in a wrongful act in the context of the new scheme of art. 1480 *C.C.Q.*, just as it was for the common venture concept in that of the former scheme. This intention may be tacit, of course, but at the very least, the defendant must have been aware of the acts or omissions that constituted the wrongful act and must have intended to take part in them. Like the other constituent elements of civil liability, a common intention must be proved on a balance of probabilities (arts. 2803 and 2804 *C.C.Q.*). It can often be inferred — in accordance with the rule governing presumptions of fact set out in art. 2849 *C.C.Q.* — from the very fact of taking part in the impugned acts.

[64] In determining whether there was a common intention, a court should avoid defining the wrongful act so broadly that the common intention no longer bears any relation to reality. For example, in *Assurances générales des Caisses Desjardins inc.*, the Court of Québec declined to apply art. 1480 *C.C.Q.* and to find two defendants solidarily liable for an injury caused by arson. The defendants had robbed an apartment together, but one of them had on his own

[61] De même, dans *Bamboukian c. Karamanoukian*, 2014 QCCA 2093, la Cour d'appel a confirmé une décision de la Cour supérieure retenant la responsabilité solidaire des défendeurs impliqués dans deux agressions qui avaient eu lieu à quelques heures d'intervalle pour régler un compte personnel. Même si les agressions avaient été le fait de personnes différentes, il était impossible de rattacher les blessures à une agression en particulier et les deux événements étaient étroitement liés selon la preuve (par. 4-5 (CanLII)).

[62] Enfin, dans *Roy c. Privé*, 2017 QCCS 986, la Cour supérieure a tenu un défendeur responsable de l'ensemble des blessures causées au demandeur, qui avait été attaqué en même temps par deux personnes lui ayant chacune asséné un coup (par. 69-70 (CanLII)).

(iii) La nécessaire existence d'une intention commune

[63] Comme en témoignent ces décisions, au même titre que la notion d'aventure commune sous l'ancien régime, la notion de fait collectif fautif prévue sous le nouveau régime de l'art. 1480 *C.c.Q.* requiert l'existence d'une intention commune. Celle-ci peut certes être tacite, mais il faut à tout le moins que le défendeur ait eu connaissance des faits ou omissions ayant constitué le fait collectif fautif et ait entendu y participer. Comme les autres éléments constitutifs de la responsabilité civile, cette intention commune doit être prouvée selon la prépondérance des probabilités (art. 2803 et 2804 *C.c.Q.*). Souvent, elle pourra s'inférer du fait même de la participation aux actes reprochés, selon la règle qui régit les présomptions de fait de l'art. 2849 *C.c.Q.*

[64] Pour déterminer si cette intention commune existe, le tribunal doit par ailleurs éviter de définir trop largement le fait collectif fautif, d'une façon qui priverait l'intention commune de toute réalité. Par exemple, dans *Assurances générales des Caisses Desjardins inc.*, la Cour du Québec a refusé d'appliquer l'art. 1480 *C.c.Q.* et de déclarer deux défendeurs solidairement responsables du préjudice causé par un incendie criminel. Les défendeurs avaient

set fire to the building. The Court of Québec found that the [TRANSLATION] “wrongful act committed jointly by [the two defendants] was the robbery, not the fire” (para. 37). It accordingly declined to impose solidary liability on the other defendant, who had “not take[n] part in or consent[ed] to this specific wrongful act” (*ibid.*).

[65] In this regard, the concept of joint participation in a wrongful act under art. 1480 *C.C.Q.* is comparable to the “concerted action” concept of the common law (see *Fallowka v. Pinkerton’s of Canada Ltd.*, 2010 SCC 5, [2010] 1 S.C.R. 132, at para. 154). The British Columbia Supreme Court in fact considered the joint and several liability of rioters in a context very similar to the one at issue in this appeal in *I.C.B.C. v. Stanley Cup Rioters*, 2016 BCSC 1108, a recent case to which the City refers in its factum. The spontaneous riot in question in that case had also occurred following a playoff hockey game, this time in Vancouver, and had resulted in acts of vandalism against a number of cars.

[66] In that case, the plaintiff insurance corporation asked that all the identified rioters be held jointly liable for the whole of the damage done during the riot to all the vehicles insured by it. In the alternative, it asked that the rioters who had contributed to the damage done to each individual vehicle be held jointly liable. After finding that the first conclusion was too broad to be granted, the British Columbia Supreme Court accepted the second, but only where the facts showed that rioters had taken part in a concerted action in relation to a specific vehicle. Thus, where rioters had joined forces to flip a car over or had otherwise acted in concert with other individuals who were vandalizing a vehicle at the same time as them, the court held them jointly liable.

[67] The trial judge who decided the cases at bar likewise imposed solidary liability on rioters who had acted together to set fire to an individual vehicle

commis ensemble un vol dans un logement, mais un seul d’entre eux avait mis le feu à l’immeuble. La Cour du Québec a considéré que le « fait collectif fautif commis par [les deux défendeurs], c’[était] le vol, non l’incendie » (par. 37). Par conséquent, il a refusé de condamner solidairement l’autre défendeur, qui n’avait « pas participé ni consenti à cet acte fautif précis » (*ibid.*).

[65] La notion de « fait collectif fautif » énoncée à l’art. 1480 *C.c.Q.* se compare du reste à la notion d’« action concertée » (« *concerted action* ») de la common law (voir *Fallowka c. Pinkerton’s of Canada Ltd.*, 2010 CSC 5, [2010] 1 R.C.S. 132, par. 154). Dans *I.C.B.C. c. Stanley Cup Rioters*, 2016 BCSC 1108, décision récente dont la Ville fait état dans son mémoire, la Cour suprême de la Colombie-Britannique s’est d’ailleurs prononcée sur la question de la responsabilité solidaire d’émeutiers dans un contexte très similaire à celui qui nous occupe. L’émeute spontanée qui était au cœur du débat s’était elle aussi déroulée à la suite d’un match de hockey des séries éliminatoires, à Vancouver dans ce cas-là, et elle avait donné lieu à des actes de vandalisme contre plusieurs voitures.

[66] Dans cette affaire, la société d’assurance demanderesse sollicitait la condamnation solidaire de tous les émeutiers identifiés, et ce, à l’égard de tous les dommages causés pendant l’émeute à l’ensemble des véhicules qu’elle assurait. Subsidiairement, elle demandait la condamnation solidaire des émeutiers qui avaient participé aux dommages causés à chaque véhicule. Après avoir conclu que la première conclusion recherchée était trop large pour y faire droit, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a accueilli la seconde, mais uniquement lorsque les faits démontraient que les émeutiers avaient participé à une action concertée au regard d’un véhicule particulier. Elle a en conséquence condamné solidairement des émeutiers qui avaient uni leurs forces pour renverser une voiture ou autrement agi de concert avec d’autres personnes qui vandalisaient un véhicule en même temps qu’eux.

[67] En l’espèce, le juge d’instance a lui aussi condamné solidairement des émeutiers qui, ensemble, avaient incendié un véhicule (2014 QCCQ 4921,

(2014 QCCQ 4921, at paras. 98-105 (CanLII); 2014 QCCQ 4917, at paras. 51-58 (CanLII); 2014 QCCQ 4918, at paras. 59-68 (CanLII)), or had shattered a vehicle's windows (2014 QCCQ 4923, at paras. 58-62 (CanLII)). In each of those cases, the defendants actually had a common intention to do damage to the patrol car in question. However, the trial judge found those rioters solidarily liable under art. 1526 *C.C.Q.* — not art. 1480 *C.C.Q.* — because there was no uncertainty about the identities of the persons who had committed the fault that caused the injury.

(c) *Application of the Relevant Principles to the Instant Cases*

[68] As the trial judge concluded, the specific circumstances of the cases at issue in this appeal simply do not show that the respondents acted with a common intention, either express or tacit. There is no doubt that groups formed in the course of the riot. But the trial judge held in analyzing the evidence that this was not true where the respondents were concerned. With a few exceptions, which the judge rightly dealt with differently, the respondents did not know and were never in contact with one another, and their acts were committed at different times during the riot without the knowledge of the other respondents. Here again, these are findings of fact that are not open to review on appeal unless a palpable and overriding error was made in making them (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 10). They are valid regardless of whether the wrongful act was participation in the riot or participation in the total destruction of a vehicle. From either standpoint, the faults committed by the respondents did not amount to joint participation in a wrongful act if the respondents had no common intention or their faults did not cause a single injury.

[69] It is true that, as the Court of Appeal indicated in *Bamboukian*, the participants need not have acted simultaneously for a court to find that they jointly took part in a wrongful act. Be that as it may, the plaintiff must be able to prove, at the very least, the existence of a tacit common intention. The City has not shown that the judge made a palpable and

par. 98-105 (CanLII); 2014 QCCQ 4917, par. 51-58 (CanLII); 2014 QCCQ 4918, par. 59-68 (CanLII)), ou en avaient fracassé les vitres (2014 QCCQ 4923, par. 58-62 (CanLII)). Dans ces cas-là, il y avait effectivement eu une intention commune de la part des défendeurs d'endommager l'auto-patrouille ciblée. Le juge d'instance a toutefois condamné solidairement ces émeutiers sur la base de l'art. 1526 *C.c.Q.* — et non de l'art. 1480 *C.c.Q.* —, vu l'absence d'incertitude quant à l'identité des personnes ayant commis la faute qui avait causé le préjudice.

c) *L'application des principes pertinents aux présents dossiers*

[68] Comme a conclu le juge d'instance, les circonstances particulières des dossiers en cause dans ce pourvoi ne démontrent tout simplement pas que les intimés ont agi dans une intention commune, expresse ou tacite. Il ne fait pas de doute que certains groupes se sont formés au cours de l'émeute. Le premier juge a toutefois conclu de son analyse de la preuve que ce n'était pas le cas des intimés. Sauf rares exceptions, que le juge a à juste titre traitées différemment, les intimés ne se connaissaient pas, n'ont jamais été en communication et ont agi à des moments différents au cours de l'émeute, sans que les autres intimés en aient connaissance. Il s'agit encore une fois de conclusions de fait, qui ne peuvent être révisées en appel en l'absence d'erreur manifeste et déterminante à cet égard (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10). Ces conclusions demeurent valides, peu importe que le fait collectif fautif soit la participation à l'émeute ou la participation à la destruction totale d'un véhicule. Considérées sous un angle ou sous l'autre, les fautes commises par les intimés ne s'inscrivent pas dans un fait collectif fautif en l'absence d'intention commune de la part de ces derniers ou de préjudice unique causé par leurs fautes.

[69] Bien sûr, comme le rappelle la Cour d'appel dans *Bamboukian*, il n'est pas nécessaire que les participants aient agi en même temps pour qu'un tribunal puisse conclure à l'existence d'un fait collectif fautif. Le demandeur doit néanmoins être en mesure de prouver, à tout le moins, l'existence d'une intention commune tacite. Or, la Ville n'a pas démontré

overriding error in finding that the rioters who had contributed to the damage done to a given patrol car at various times during the riot did not have such an intention.

[70] It follows that, for two compelling reasons, the respondents cannot be found solidarily liable under art. 1480 *C.C.Q.* First, it is possible to establish a causal connection between each of the respondents' faults and a specific injury. Second, the faults of the respondents involved in each of the actions instituted by the City did not constitute joint participation in a wrongful act given that the respondents in question did not have a common intention. Having said that, I wish to be clear that art. 1478 *C.C.Q.* and art. 328 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, have no impact on this analysis. They apply where, after a finding of solidarity has been made, liability must be apportioned among persons who caused a single injury. The trial judge and the Court of Appeal were right not to take them into account here.

B. *Article 1526 C.C.Q.*

[71] The City further argues that, if the respondents cannot be found solidarily liable under art. 1480 *C.C.Q.*, they can be under art. 1526 *C.C.Q.*:

1526. The obligation to make reparation for injury caused to another through the fault of two or more persons is solidary where the obligation is extra-contractual.

[72] For this article to apply, the fault of two or more persons must have caused a single injury. This fault may be a common fault or may consist of contributory faults. On this point, the City argues that the mutual encouragement on the rioters' part contributed to the aggregate injury it suffered, that is, the total destruction of the patrol cars. In the City's opinion, the courts below erred in law in characterizing the injury, which must be assessed as a whole rather than being split into separate portions.

[73] In my view, the City is mistaken. Although its argument is purportedly one of an alleged error of

que le juge a commis une erreur manifeste et déterminante en concluant à l'absence d'une telle intention commune entre les émeutiers qui ont participé aux dommages causés à une auto-patrouille à divers moments au cours de l'émeute.

[70] Il s'ensuit qu'ici, l'art. 1480 *C.c.Q.* ne permet pas de conclure à la responsabilité solidaire des intimés, et ce, pour deux raisons décisives. Premièrement, il est possible d'établir un lien de causalité entre les fautes des intimés et un préjudice précis. Deuxièmement, les fautes des intimés dans chacune des actions intentées par la Ville ne constituent pas un fait collectif fautif en l'absence d'intention commune de la part des intimés. Cela étant, je précise que les art. 1478 *C.c.Q.* et 328 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, n'ont aucun impact sur la présente analyse. Ces dispositions s'appliquent là où il est nécessaire, une fois la solidarité établie, de partager la responsabilité entre les auteurs d'un même préjudice. Le juge de première instance et les juges de la Cour d'appel ont eu raison de ne pas en tenir compte ici.

B. *L'article 1526 C.c.Q.*

[71] Dans la mesure où la responsabilité solidaire des intimés ne découlerait pas de l'art. 1480 *C.c.Q.*, la Ville soutient ensuite qu'elle prendrait alors sa source dans l'art. 1526 *C.c.Q.* :

1526. L'obligation de réparer le préjudice causé à autrui par la faute de deux personnes ou plus est solidaire, lorsque cette obligation est extracontractuelle.

[72] Pour que cet article trouve application, la faute de deux personnes ou plus doit avoir causé un préjudice unique. Il peut s'agir d'une faute commune ou de fautes contributoires. À cet égard, la Ville avance que les encouragements mutuels des émeutiers auraient contribué au préjudice global subi, soit la destruction totale des autos-patrouilles. Selon elle, les cours inférieures ont commis une erreur de droit dans la qualification du préjudice subi, lequel doit être évalué de façon globale plutôt que fractionnée.

[73] J'estime que la Ville se méprend. Sous le couvert d'une prétendue erreur de droit au titre de la

law in characterizing the injury, what it is really seeking is, here again, to have this Court revisit the trial judge's findings of fact on the injury actually caused by each of the respondents' faults. In so doing, the City is also disregarding the trial judge's findings of fact to the effect that the respondents' faults were separate. Given that the trial judge made no palpable and overriding error that would taint his finding that a single injury did not result from the respondents' separate faults, there is no reason to intervene.

(1) No Single Injury

[74] Article 1526 *C.C.Q.* provides for solidarity in the case of persons who have, by committing a common fault or contributory faults, caused one and the same injury to another person (Baudouin, Deslauriers and Moore, at Nos. 1-720 to 1-722; *Code civil du Québec: Annotations — Commentaires 2017-2018*, at p. 1287; Lluelles and Moore, at No. 2578). It is of the very essence of extracontractual solidarity that the debtors be obligated to the creditor for “the same thing” (art. 1523 *C.C.Q.*; Lluelles and Moore, at No. 2577; see also M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec* (7th ed. 2009), at No. 1388). The injury contemplated in art. 1526 *C.C.Q.* is therefore subject to the requirement that there be a single injury.

[75] In the instant cases, the trial judge determined that there was no causal connection between each respondent's participation in the riot and the total destruction of the patrol cars. Rather, he found that there were many distinct and identifiable injuries, each caused by a fault that was just as distinct and identifiable, and that he linked to a particular rioter. He assessed the precise damage caused by the respondents' faults and determined the amount of the award against each of them on that basis. In the case of defendants Hunter and Côté Béliveau, for example, he found that the video evidence made it possible to determine exactly what damage was caused by each of their respective wrongful acts (2014 QCCQ 4916, at paras. 56-67 (CanLII)). This constitutes a clear distinction between the case of those defendants and that of defendants Gauchier and Casimir, in

qualification du préjudice subi, cet argument invite lui aussi en définitive notre Cour à réévaluer les conclusions factuelles du juge d'instance au sujet du préjudice effectivement causé par chacune des fautes des intimés. Ce faisant, la Ville fait en outre abstraction des conclusions de fait du juge d'instance portant que les fautes des intimés sont distinctes. Or, en l'absence d'erreur manifeste et déterminante qui entacherait la conclusion du premier juge selon laquelle il n'existe pas de préjudice unique découlant des fautes distinctes des intimés, il n'y a pas lieu d'intervenir.

(1) L'absence d'unicité du préjudice

[74] L'article 1526 *C.c.Q.* prévoit la solidarité des personnes qui ont causé un même et unique préjudice à autrui par leur faute commune ou leurs fautes contributives (Baudouin, Deslauriers et Moore, nos 1-720 à 1-722; *Code civil du Québec : Annotations — Commentaires 2017-2018*, p. 1287; Lluelles et Moore, n° 2578). Il est de l'essence même de la solidarité en matière extracontractuelle que les débiteurs soient obligés à « une même chose » envers le créancier (art. 1523 *C.c.Q.*; Lluelles et Moore, n° 2577; voir aussi M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec* (7^e éd. 2009), n° 1388). Le préjudice visé par l'art. 1526 *C.c.Q.* est donc assujéti à la condition d'unicité.

[75] En l'espèce, le premier juge a déterminé qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre la participation de chacun des intimés à l'émeute et la destruction totale des autos-patrouilles. Il a plutôt conclu à l'existence d'une multitude de préjudices distincts et identifiables, chacun d'eux ayant été causé par une faute tout aussi distincte et identifiable qu'il a rattachée à un émeutier particulier. Il a évalué le dommage précis causé par ces fautes des intimés et établi le montant de la condamnation de chacun en conséquence. Par exemple, dans le cas des défendeurs Hunter et Côté Béliveau, il a estimé que la preuve vidéo permettait de déterminer le dommage précis causé par chacun de leurs actes fautifs respectifs (2014 QCCQ 4916, par. 56-67 (CanLII)). Ce constat constitue une différence déterminante entre le cas de ces défendeurs et celui des défendeurs

which the only conclusion he could draw from the police officer's report and testimony was that the latter were indistinctly responsible for the whole of the damage done to the patrol cars (2014 QCCQ 4923, at paras. 55-62). The fact that there was a single injury caused by the common fault of these defendants thus justified their being held solidarily liable.

[76] At the risk of repeating myself, the question whether there is a causal connection between a fault and damage is one of fact, and the City has not identified a palpable and overriding error made by the trial judge in this regard. This Court recently noted that in such cases, “given its position at the second level of appeal, this Court’s role is not to reassess the findings of fact of a judge at the trial level that an appellate court has not questioned: ‘. . . the principle of non-intervention “is all the stronger in the face of concurrent findings of both courts below” . . .’” (*Quebec (Director of Criminal and Penal Prosecutions) v. Jodoin*, 2017 SCC 26, [2017] 1 S.C.R. 478, at para. 51, quoting *St-Jean*, at para. 45, in turn quoting *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570, at p. 574). The trial judge did not find a sufficient causal connection that gave rise to liability, that is, a “logical, direct and immediate” connection, between each of the faults and the whole of the damage done to a given vehicle (Baudouin, Deslauriers and Moore, at No. 1-683; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789, at para. 50; *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621, at para. 132). At most, the respondents’ faults contributed to the context in which the patrol cars were subsequently destroyed. The cause of the damage must be distinguished from the circumstances or the occasion of the damage (Baudouin, Deslauriers and Moore, at No. 1-687; *Dallaire v. Paul-Émile Martel Inc.*, [1989] 2 S.C.R. 419, at p. 427; *Montréal (Ville) v. Tarquini*, [2001] R.J.Q. 1405 (C.A.), at p. 1427).

Gauchier et Casimir, où la seule conclusion qu’il pouvait tirer du rapport et du témoignage du policier était que ces derniers étaient indistinctement responsables de l’ensemble des dommages causés aux autos-patrouilles (2014 QCCQ 4923, par. 55-62). L’unicité du préjudice causé par la faute commune de ces défendeurs a en conséquence justifié leur condamnation solidaire.

[76] Au risque de me répéter, l’existence ou non d’un lien de causalité entre une faute et un dommage est une question factuelle et la Ville n’a pas démontré d’erreur manifeste et déterminante du premier juge à cet égard. Notre Cour a récemment rappelé que, dans de tels cas, « comme deuxième palier d’appel, [notre] rôle n’est pas de réévaluer les constats de faits des juges d’instance que les cours d’appel n’ont pas remis en question : “. . . le principe de non-intervention ‘a d’autant plus de force en présence de conclusions concourantes des deux cours d’instance inférieure’ . . .” » (*Québec (Directeur des poursuites criminelles et pénales) c. Jodoin*, 2017 CSC 26, [2017] 1 R.C.S. 478, par. 51, citant *St-Jean*, par. 45, qui cite *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, p. 574-575). Le premier juge n’a pas trouvé de lien causal générateur de responsabilité suffisant — soit un lien « logique, direc[t] et immédia[t] » — entre chacune des fautes et la totalité des dommages causés à un véhicule (Baudouin, Deslauriers et Moore, n° 1-683; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789, par. 50; *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621, par. 132). Les fautes des intimés ont, tout au plus, contribué au contexte dans lequel la destruction subséquente des autos-patrouilles est survenue. Or, il convient de distinguer la cause du dommage, d’une part, des circonstances ou de l’occasion de celui-ci d’autre part (Baudouin, Deslauriers et Moore, n° 1-687; *Dallaire c. Paul-Émile Martel Inc.*, [1989] 2 R.C.S. 419, p. 427; *Montréal (Ville) c. Tarquini*, [2001] R.J.Q. 1405 (C.A.), p. 1427).

(2) Trial Judge's Analysis on the Issue of Punitive Damages

[77] Nevertheless, the City argues that the trial judge found that the respondents' acts had caused the whole of the injury for which it seeks to be compensated. In support of this argument, it focuses on one sentence from the judge's discussion on the issue of punitive damages. In the course of that discussion, the judge noted that the events of April 21, 2008 were [TRANSLATION] "[a] spontaneous reaction fuelled by shouts of encouragement that prodded each new person to do something worse" (2014 QCCQ 4921, at para. 83 (emphasis added)). He went on to strongly condemn the widespread destruction that had occurred. The City concludes from this that the encouragement in itself constituted a fault that had, in addition to each rioter's specific wrongful acts, contributed to the aggregate damage done to the patrol cars.

[78] With respect, I find that the City is disregarding part of what the trial judge said, although his reasons are in fact clear on this point. In his discussion regarding causation, the judge expressly stated that [TRANSLATION] "[i]n this case, there is no causal connection between participation in the riot and the damage done to the police vehicles" (QCCQ, at para. 45). Where there is no legally sufficient causal connection between an act, even a wrongful one, and damage, the act does not give rise to liability under art. 1457 *C.C.Q.* This means that participation in the riot, despite being blameworthy, cannot in itself be viewed as a contributory fault giving rise to liability for the whole of the damage done during the riot.

[79] Moreover, the context of the judge's discussion on punitive damages was quite different from that of his discussion on causation. Under art. 1621 *C.C.Q.*, he had to assess punitive damages so as to fulfill their preventive purpose, and he had to do so in light of all the relevant circumstances. In these cases, the circumstances in question included the unlawful conduct being denounced, the gratuitous vandalism that had been committed and the general disapproval of such acts. The judge certainly considered all these

(2) L'analyse du juge d'instance relative aux dommages-intérêts punitifs

[77] Malgré ce qui précède, la Ville plaide que le juge d'instance a reconnu que les gestes des intimés ont causé le préjudice total dont elle veut être indemnisée. Pour appuyer son argument, elle insiste sur une phrase tirée de l'analyse du juge relative aux dommages-intérêts punitifs. Dans le contexte de cette analyse, le juge note que les événements du 21 avril 2008 constituaient « [u]ne réaction spontanée, alimentée par des encouragements qui poussent le prochain à faire pire » (2014 QCCQ 4921, par. 83 (je souligne)). Il poursuit en condamnant vigoureusement le saccage généralisé qui a eu lieu. La Ville en conclut que ces encouragements constitueraient en soi une faute ayant contribué, au-delà des gestes fautifs précis de chaque émeutier, au dommage global causé aux autos-patrouilles.

[78] Avec égards, j'estime que la Ville fait une lecture tronquée des motifs du premier juge, qui sont pourtant clairs sur la question. Dans son analyse du lien de causalité, le juge indique en effet expressément qu'« [e]n l'espèce, il n'y a pas de lien causal entre la participation à l'émeute et les dommages subis aux véhicules de police » (QCCQ, par. 45). Or, un acte, même fautif, qui n'est pas rattaché à un dommage par un lien de causalité juridiquement suffisant n'est pas générateur de responsabilité aux termes de l'art. 1457 *C.c.Q.* Aussi, malgré le caractère répréhensible de ce geste, on ne peut considérer que la participation à l'émeute constitue en soi une faute contributoire dont découlerait une responsabilité pour l'ensemble des dommages causés à cette occasion.

[79] L'analyse du juge portant sur les dommages-intérêts punitifs s'inscrit d'ailleurs dans un tout autre contexte que celui de la détermination du lien de causalité. Selon l'art. 1621 *C.c.Q.*, il doit évaluer ces dommages pour assurer leur fonction préventive. Pour ce faire, il doit les apprécier en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes. Constituent de telles circonstances, dans les cas qui nous occupent, le comportement illicite décrié, le contexte du vandalisme gratuit qui a été perpétré et la réprobation

circumstances in assessing the punitive damages, which are not in issue in this appeal. Yet he nevertheless held that there was no causal connection between participation in the riot and the aggregate damage done to the patrol cars.⁵

[80] On this point, I note that, while it is true that a fault that is not causally connected to the damage in question cannot ground an obligation to make reparation for the injury, it can nonetheless form the basis for an award of punitive damages. Punitive damages are not subject to the compensatory logic of the civil liability system. Nor does it really matter if a trial judge characterizes the fault on which an award of compensatory damages is based differently than the conduct that grounds an award of punitive damages. In *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64, this Court put an end to a longstanding judicial difference of opinion and held that punitive damages are autonomous in nature (paras. 40-46; Baudouin, Deslauriers and Moore, No. 1-388; S. Grammond, “Un nouveau départ pour les dommages-intérêts punitifs” (2012), 42 *R.G.D.* 105, at pp. 109-10; see also *Richard v. Time Inc.*, 2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265, at paras. 144-47). Punitive damages can thus be awarded in relation to a fault even if compensatory damages have not been awarded in respect of it.

(3) Respondents’ Separate Faults

[81] Finally, the trial judge was right in law in characterizing the respondents’ faults as separate faults rather than as common or contributory faults. For it to be possible to characterize faults as a “common fault” or “contributory faults”, and for them to lead to the application of art. 1526 *C.C.Q.*, they must have caused or contributed to a single injury (Baudouin, Deslauriers and Moore, at Nos. 1-720 to 1-721; *Code civil du Québec: Annotations — Commentaires*

⁵ I leave it to the reader to judge whether my intention here is to place what the trial judge said in its context or whether, as my colleague maintains (at para. 116), I am instead suggesting that certain of his conclusions be disregarded.

générale dont sont l’objet les agissements de ce genre. Le juge a certes retenu l’ensemble de ces circonstances pour évaluer les dommages-intérêts punitifs, qui ne sont pas remis en question devant nous. Malgré tout, il a néanmoins statué qu’il n’y avait pas de lien de causalité entre la participation à l’émeute et le dommage global causé aux autos-patrouilles⁵.

[80] Je rappelle à ce sujet que si une faute qu’aucun lien de causalité ne rattache au dommage invoqué ne peut fonder une obligation de réparer le préjudice, elle peut néanmoins justifier l’octroi de dommages-intérêts punitifs. En effet, de tels dommages-intérêts n’obéissent pas à la logique compensatoire du régime de responsabilité civile. Il importe d’ailleurs peu que le juge de première instance qualifie différemment la faute qui justifie l’octroi des dommages-intérêts compensatoires du comportement qui justifie l’octroi des dommages-intérêts punitifs. Dans l’arrêt *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64, notre Cour a mis fin à une longue controverse jurisprudentielle et consacré le caractère autonome des dommages-intérêts punitifs (par. 40-46; Baudouin, Deslauriers et Moore, n° 1-388; S. Grammond, « Un nouveau départ pour les dommages-intérêts punitifs » (2012), 42 *R.G.D.* 105, p. 109-110; voir aussi *Richard c. Time Inc.*, 2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265, par. 144-147). Des dommages-intérêts de cette nature peuvent ainsi être octroyés même en l’absence d’une condamnation à payer des dommages-intérêts compensatoires en relation avec la faute qui les concerne.

(3) Les fautes distinctes des intimés

[81] Enfin, le juge de première instance s’est bien dirigé en droit en qualifiant les fautes des intimés non pas de fautes communes ou de fautes contributoires mais plutôt de fautes distinctes. En effet, des fautes doivent avoir causé ou contribué à causer un préjudice unique pour qu’il soit possible de les qualifier de « faute commune » ou « fautes contributoires » et pour qu’elles entraînent l’application de l’art. 1526 *C.c.Q.* (Baudouin, Deslauriers et

⁵ Je laisse au lecteur le soin d’apprécier si mon propos situe dans son contexte la teneur de l’analyse du premier juge ou si je suggère plutôt d’ignorer certaines de ses conclusions comme le soutient ma collègue (par. 116).

2017-2018, at p. 1287). These cases do not involve such faults.

[82] From this perspective, the City's assertion that the respondents' fault consists in their taking part in the total destruction of a patrol car during the riot reflects an error in its reasoning. To say that the fault lies in taking part in the total destruction of a vehicle is to characterize the fault not on the basis of the impugned act, but by taking the final injury suffered by the victim as the starting point. This approach of retrospectively characterizing the fault solely on the basis of the injury the victim suffered as a result of a series of wrongful acts is inappropriate, as it disregards a central element of extracontractual liability: causation. By logical extension, it would be possible to recharacterize every one of a series of faults that injure a single victim. It would then suffice to say that the fault consists in taking part in the aggregate injury suffered by the victim. But such an approach would be contrary to the requirement under art. 1457 *C.C.Q.* that causation be established.

[83] In summary, the trial judge did not make a palpable and overriding error in finding that there was no causal connection between the respondents' faults and the whole of the damage done to each patrol car. The City cannot take his remarks about punitive damages out of context and use them to contradict his clear finding that there was no causal connection. In the end, given the finding of fact that each of the faults had caused a specific injury, it was inevitable that the faults would be characterized as being successive and separate. Article 1526 *C.C.Q.* is therefore inapplicable.

C. *Obligation in Solidum*

[84] The City's final argument is that the respondents are liable to it *in solidum*. The City did not make this argument in the courts below, but raised it for the first time in this Court. I cannot accept this last-ditch proposition.

Moore, nos 1-720 à 1-721; *Code civil du Québec : Annotations — Commentaires 2017-2018*, p. 1287). Nous ne sommes pas en présence de telles fautes ici.

[82] Sous ce rapport, l'affirmation de la Ville selon laquelle la faute des intimés est le fait d'avoir participé à la destruction totale d'une auto-patrouille dans le cadre de l'émeute traduit une erreur de raisonnement. Affirmer que la faute réside dans la participation à la destruction totale du véhicule revient à qualifier la faute non pas en fonction de l'acte reproché, mais en prenant comme point de départ le préjudice final subi par la victime. Cette qualification rétrospective de la faute, exclusivement sur la base du préjudice subi par la victime à la suite d'une série d'actes fautifs, ne constitue pas une approche appropriée, car elle se trouve à faire abstraction d'un élément central de la responsabilité extracontractuelle : le lien de causalité. Suivant cette logique, il serait possible de requalifier toutes les fautes successives qui portent préjudice à une même victime. Il suffirait alors d'affirmer que la faute est la participation au préjudice global subi par la victime. Or, une telle approche serait contraire à la condition exigeant l'établissement du lien de causalité requis par l'art. 1457 *C.c.Q.*

[83] Somme toute, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur manifeste et déterminante en concluant à l'absence de lien de causalité entre les fautes des intimés et la totalité des dommages causés à chaque auto-patrouille. La Ville ne peut pas utiliser hors contexte les commentaires de ce dernier relativement aux dommages-intérêts punitifs afin de contredire sa conclusion claire concernant cette absence de lien causal. Au final, vu la conclusion factuelle portant que chacune des fautes avait causé un préjudice précis, il était inévitable que les fautes soient qualifiées de successives et distinctes. L'article 1526 *C.c.Q.* est dès lors inapplicable.

C. *L'obligation in solidum*

[84] La Ville soutient en dernier lieu que les intimés seraient responsables *in solidum* envers elle. La Ville n'a pas invoqué cet argument devant les juridictions inférieures. Elle le soulève pour la première fois devant notre Cour. Je ne peux souscrire à cette proposition de dernier ressort.

[85] In the civil law, the obligation *in solidum* is a judicial creation that, though distinct from solidarity, has the same fundamental effects as it. In circumstances in which such an obligation exists, one of its effects is to allow a creditor to seek to obtain the full amount of an award from any one of the debtors (Baudouin and Jobin, at No. 618; *Prévost-Masson v. General Trust of Canada*, 2001 SCC 87, [2001] 3 S.C.R. 882, at para. 29). So far, the circumstances in which the authors and the courts have agreed on the applicability of liability *in solidum* have been very different from those of the instant cases (see Vézina and Langevin, at p. 129). These circumstances have, for example, involved liability of two parties for a single injury caused by both contractual and extracontractual faults (*Gilles E. Néron Communication Marketing Inc. v. Chambre des notaires du Québec*, 2004 SCC 53, [2004] 3 S.C.R. 95, at para. 79; *Dostie v. Sabourin*, [2000] R.J.Q. 1026 (C.A.), at para. 72), liability for abnormal neighbourhood annoyances (*Homans v. Gestion Paroi inc.*, 2017 QCCA 480, at paras. 161-64 (CanLII)) and liability for non-performance of separate contracts (*Prévost-Masson*, at para. 33). However, neither the academic literature nor the case law includes cases or examples in which the principles related to the obligation *in solidum* have been applied to faults that are, as in the instant cases, exclusively extracontractual.

[86] The reason for this is obvious. Unlike in cases involving separate contractual faults or faults that are both contractual and extracontractual, the solidarity of debtors who have committed extracontractual faults is governed by a complete legislative framework set out in arts. 1480 and 1526 *C.C.Q.* (see Vézina and Langevin, at p. 129). In *Solomon v. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127, the Court of Appeal in fact relied on the comprehensive nature of the solidarity scheme created by these two articles in cases of extracontractual fault to conclude that the debtors' solidarity did not extend to punitive damages (paras. 192-95).⁶

⁶ This Court resolved the conflict in the case law on this point in *Cinar Corp. v. Robinson*, 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168, in which it endorsed the reasoning and result in *Solomon* (para. 124).

[85] En droit civil, l'obligation *in solidum* est une création jurisprudentielle qui, bien que distincte de la solidarité, en reproduit les effets fondamentaux. Dans les circonstances où elle trouve application, elle permet notamment à un créancier de s'adresser indifféremment à l'un ou l'autre de ses débiteurs pour obtenir la condamnation recherchée pour le tout (Baudouin et Jobin, n° 618; *Prévost-Masson c. Trust Général du Canada*, 2001 CSC 87, [2001] 3 R.C.S. 882, par. 29). Jusqu'à maintenant, la doctrine et la jurisprudence ont reconnu l'application de la responsabilité *in solidum* dans des circonstances fort différentes de celles qui nous occupent (voir Vézina et Langevin, p. 129). Représentent de telles circonstances, par exemple, la responsabilité des coauteurs d'un préjudice unique causé par des fautes contractuelles et extracontractuelles (*Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, 2004 CSC 53, [2004] 3 R.C.S. 95, par. 79; *Dostie c. Sabourin*, [2000] R.J.Q. 1026 (C.A.), par. 72), la responsabilité découlant d'inconvénients anormaux de voisinage (*Homans c. Gestion Paroi inc.*, 2017 QCCA 480, par. 161-164 (CanLII)), ou encore la responsabilité résultant de l'inexécution de contrats distincts (*Prévost-Masson*, par. 33). Par contre, ni la doctrine ni la jurisprudence ne font état de cas ou d'exemples où l'on aurait appliqué les principes de l'obligation *in solidum* en matière de fautes exclusivement extracontractuelles comme en l'espèce.

[86] Cela peut s'expliquer aisément. En effet, contrairement aux situations qui mettent en cause des fautes contractuelles distinctes ou des fautes à la fois contractuelles et extracontractuelles, le législateur a établi aux art. 1480 et 1526 *C.c.Q.* un cadre législatif complet pour régir la solidarité des débiteurs qui ont commis des fautes extracontractuelles (voir Vézina et Langevin, p. 129). Dans l'arrêt *Solomon c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, [2008] R.J.Q. 2127, le caractère exhaustif du régime de solidarité établi par ces deux articles en cas de fautes extracontractuelles a d'ailleurs guidé la Cour d'appel dans sa conclusion selon laquelle la solidarité des débiteurs ne s'étend pas aux dommages-intérêts punitifs (par. 192-195)⁶.

⁶ Notre Cour a tranché le conflit jurisprudentiel à ce sujet dans *Cinar Corp. c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168, où elle a entériné le raisonnement et le résultat de l'arrêt *Solomon* (par. 124).

[87] The cases at bar concern extracontractual faults, and the conditions for the application of arts. 1480 and 1526 *C.C.Q.* are not met. In this context, it is not appropriate to circumvent the comprehensive legislative scheme governing solidarity in cases of extracontractual fault and to seek to obtain similar effects by way of liability *in solidum*. This judge-made solution is intended to apply in situations that the legislature has not expressly contemplated, not to bypass existing legislative mechanisms that are subject to conditions a creditor is unable to meet.

[88] In any event, the obligation *in solidum* is of no assistance to the City in these cases, since it does not resolve the central problem with the City's argument, namely the absence of a causal connection between each fault committed by the respondents and the aggregate damage done to a given patrol car during the riot. As one author aptly puts it, [TRANSLATION] "[f]or several debtors to have an obligation *in solidum*, one essential and fundamental requirement must always be met: there must be a connection between each debtor individually and the whole of the debt or injury. If . . . it is possible to identify each person's share, the obligation *in solidum* must not be applied" (Levesque, at p. 128 (emphasis in original)). As in cases of legislative solidarity, there can be no liability *in solidum* among defendants who have caused separate injuries (Vézina and Langevin, at p. 129; 2855-0523 *Québec inc. v. Ivanhoé Cambridge inc.*, 2014 QCCA 124, 45 R.P.R. (5th) 64, at para. 20; *Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec v. Gariépy*, 2005 QCCA 60, [2005] R.J.Q. 409, at paras. 20-30).

VI. Conclusion

[89] In short, no matter what approach is taken, the respondents cannot be found solidarily liable in the circumstances of the cases at bar. The requirements of arts. 1480 and 1526 *C.C.Q.* are not met, and the obligation *in solidum* cannot be used to circumvent the comprehensive legislative scheme governing solidarity in cases of extracontractual fault in Quebec civil law.

[87] Ici, nous sommes en présence de fautes extracontractuelles et les conditions d'application des art. 1480 et 1526 *C.c.Q.* ne sont pas réunies. Dans un tel contexte, il ne convient pas de contourner le régime législatif exhaustif qui encadre la solidarité en matière de fautes extracontractuelles et de chercher à obtenir des effets similaires au moyen de la responsabilité *in solidum*. Cette solution d'origine jurisprudentielle vise à répondre à des situations que le législateur n'a pas expressément envisagées, non à contourner les mécanismes qu'il a autrement établis et qui comportent des conditions d'application auxquelles un créancier n'est pas en mesure de satisfaire.

[88] À tout événement, l'obligation *in solidum* n'est d'aucun secours pour la Ville en l'espèce, car elle ne corrige pas le problème central de son argumentation, soit l'absence de lien de causalité entre chaque faute des intimés et le dommage global causé à l'auto-patrouille concernée pendant l'émeute. Ainsi que l'exprime avec justesse un auteur, « [p]our qu'il existe une obligation *in solidum* entre plusieurs débiteurs, il faut toujours retrouver le critère essentiel et fondamental : un lien entre chaque débiteur pris isolément et l'intégralité de la dette ou du préjudice. S'il est possible d'identifier la part de chacun [. . .] il ne faut pas appliquer l'obligation *in solidum* » (Levesque, p. 128 (soulignement dans l'original)). En effet, tout comme dans les cas de solidarité de source législative, il ne peut y avoir de responsabilité *in solidum* entre des défendeurs qui ont causé des préjudices distincts (Vézina et Langevin, p. 129; 2855-0523 *Québec inc. c. Ivanhoé Cambridge inc.*, 2014 QCCA 124, 45 R.P.R. (5th) 64, par. 20; *Fonds d'assurance responsabilité professionnelle du Barreau du Québec c. Gariépy*, 2005 QCCA 60, [2005] R.J.Q. 409, par. 20-30).

VI. Conclusion

[89] Bref, peu importe la façon dont on aborde la situation, les circonstances de l'espèce ne donnent pas ouverture à une condamnation solidaire des intimés. Les conditions des art. 1480 et 1526 *C.c.Q.* ne sont pas satisfaites et l'obligation *in solidum* ne permet pas de contourner le régime législatif exhaustif qui régit la solidarité en matière de fautes extracontractuelles en droit civil québécois.

[90] What the City is really seeking is to have all the identified rioters who did damage to one of its patrol cars during the riot found solidarily liable even though their actions did not all contribute to the aggregate injury for which it is seeking compensation. Not only is this claim wrong in law, but it would also lead to absurd results. The wrongful acts committed by the rioters were quite dissimilar, both in nature and in seriousness, and were also separated in time from and unrelated to one another. To grant the City's claim would be to assign the same legal consequences to arson committed against a vehicle by a masked outside agitator as to a kick at the same vehicle by a tipsy fan three hours earlier.

[91] In a context in which it would in all likelihood be impossible to bring a recursory action against other rioters whom the evidence did not make it possible to identify, imposing solidarity would thus amount to placing a rioter who kicked a car door in a fit of pique in a position in which he could face financial liability in the order of tens of thousands of dollars. Such an act is of course blameworthy and unacceptable, there is no doubt about that. However, a finding of solidary liability cannot be justified by equating this person with an unidentified rioter who set fire to the vehicle more than two hours later. The conclusion sought by the City strikes me as extremely unfair. Full reparation of the *injury* — not full compensation of the *victim* — is indeed a fundamental principle of Quebec civil law. But imposing solidarity on rioters who caused separate injuries would be a radical departure from the principle that a person is liable for reparation only of injuries caused by his or her own fault. The fact that a victim suffered several injuries in the course of an incident does not justify making an exception to that principle.

[92] The Court of Québec and the Court of Appeal limited the consequences of the respondents' faults on the basis that there was no causal connection between those faults and the whole of the injury claimed by the City. In doing so, they made no

[90] À vrai dire, la Ville tente d'obtenir une condamnation solidaire contre tous les émeutiers identifiés qui ont endommagé une de ses autos-patrouilles durant l'émeute, et ce, malgré le fait que leurs gestes n'aient pas tous contribué au préjudice global pour lequel elle réclame compensation. Cette demande est non seulement mal fondée en droit, mais elle mènerait en outre à des résultats absurdes. En effet, les gestes fautifs des émeutiers sont de nature et de gravité hautement dissemblables, en plus d'être séparés dans le temps et non liés entre eux. Or, faire droit à la réclamation de la Ville aurait pour effet d'attribuer les mêmes conséquences juridiques à l'incendie criminel d'un véhicule par un casseur professionnel masqué qu'au coup de pied donné sur ce même véhicule par un partisan éméché trois heures plus tôt.

[91] Dans un contexte où l'exercice d'un recours recursory contre les autres émeutiers que la preuve recueillie n'a pas permis d'identifier serait selon toute vraisemblance illusoire, conclure à la solidarité reviendrait ainsi à faire peser sur un émeutier qui a donné par dépit un coup de pied sur une portière un risque de responsabilité financière pouvant s'élever à plusieurs dizaines de milliers de dollars. Un tel geste est certes répréhensible et inacceptable, c'est indiscutable. Cependant, on ne saurait justifier de conclure à la responsabilité solidaire de cette personne en l'assimilant à l'émeutier inconnu qui aurait mis le feu au véhicule plusieurs heures plus tard. Conclure dans le sens recherché par la Ville me semblerait singulièrement injuste. La réparation intégrale du *préjudice* — et non de la *victime* — est assurément un principe fondamental du droit civil québécois. Mais imposer la solidarité entre des émeutiers qui ont causé des préjudices distincts dérogerait radicalement au principe voulant qu'une personne ne soit tenue responsable de réparer que le seul préjudice que cause sa propre faute. Le fait qu'une victime ait subi une pluralité de préjudices au cours d'un événement ne permet pas de faire exception à ce principe.

[92] La Cour du Québec et la Cour d'appel ont limité les conséquences des fautes des intimés en l'absence de lien de causalité entre celles-ci et le préjudice total réclamé par la Ville. Ce faisant, elles n'ont commis ni erreur de droit ni erreur de fait

error of law or palpable and overriding error of fact. I would dismiss the City's appeal with costs in each of the six instant cases.

English version of the reasons delivered by

CÔTÉ J. (dissenting) —

I. Introduction

[93] My colleague Gascon J. frames the central issue in this appeal as follows: “To what extent can a rioter who has caused property damage be held solidarily liable to the victim for damage done to the same property by other rioters?” (para. 3). In my view, rioters who act together to do damage to property must be held solidarily liable for the whole of the injury suffered by the victim in respect of that property.

[94] In an extracontractual context, persons who have committed faults are solidarily liable for reparation of an injury they have caused in the following circumstances:

1480. Where several persons have jointly taken part in a wrongful act which has resulted in injury or have committed separate faults each of which may have caused the injury, and where it is impossible to determine, in either case, which of them actually caused it, they are solidarily liable for reparation thereof.

1526. The obligation to make reparation for injury caused to another through the fault of two or more persons is solidary where the obligation is extra-contractual.

(Civil Code of Québec (“C.C.Q.”))

[95] In my opinion, the facts in the cases at bar supported a finding that the respondents are solidarily liable. In the circumstances, the conduct of all the individuals who took part in the destruction of a given patrol car constituted joint participation in a wrongful act. Their conduct ultimately led to the total loss of the vehicle, and these individuals are therefore solidarily liable for reparation of that injury under art. 1480 *C.C.Q.*

manifeste et déterminante. Je rejetterais l'appel de la Ville avec dépens dans chacun des six dossiers concernés.

Les motifs suivants ont été rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

I. Introduction

[93] Mon collègue le juge Gascon énonce comme suit la question au cœur du présent pourvoi : « Dans quelle mesure un émeutier donné peut-il être tenu solidairement responsable envers la victime des dommages causés par les autres émeutiers au même bien que lui? » (par. 3). Je suis d'avis que des émeutiers qui endommagent ensemble un même bien doivent être tenus solidairement responsables de l'entièreté du préjudice subi par la victime quant à ce bien.

[94] En matière extracontractuelle, les fautifs sont solidairement tenus de réparer le préjudice qu'ils causent dans les circonstances suivantes :

1480. Lorsque plusieurs personnes ont participé à un fait collectif fautif qui entraîne un préjudice ou qu'elles ont commis des fautes distinctes dont chacune est susceptible d'avoir causé le préjudice, sans qu'il soit possible, dans l'un ou l'autre cas, de déterminer laquelle l'a effectivement causé, elles sont tenues solidairement à la réparation du préjudice.

1526. L'obligation de réparer le préjudice causé à autrui par la faute de deux personnes ou plus est solidaire, lorsque cette obligation est extracontractuelle.

(Code civil du Québec (« C.c.Q. »))

[95] À mon avis, les faits en l'espèce justifiaient de conclure à la responsabilité solidaire des intimés. En effet, dans les circonstances, la conduite des individus qui ont participé à la destruction d'une même auto-patrouille constituait un fait collectif fautif. Cette conduite a ultimement entraîné la perte totale du véhicule et, en conséquence, ces individus sont tenus solidairement à la réparation de ce préjudice aux termes de l'art. 1480 *C.c.Q.*

[96] If, however, as my colleague concludes, the individuals in question cannot be found solidarily liable on that basis under art. 1480 *C.C.Q.*, then it must be found that the combined conduct of these various individuals constituted a common fault, a type of fault that also leads to a finding of solidary liability, but under art. 1526 *C.C.Q.* instead.

[97] Under the *Civil Code of Lower Canada*, the courts did not hesitate to impose joint and several liability on a group of persons at fault who had caused injury. They arrived at that conclusion even where the member of the group who had caused the injury could be identified on a balance of probabilities, as they considered that it was, first and foremost, the dangerous conduct of the group that had caused the injury and, therefore, that the members of the group had all contributed to it. That case law has since been codified in the *Civil Code of Québec*. Thus, regardless of whether art. 1480 or art. 1526 is applied, the respondents must be found solidarily liable in respect of a given vandalized patrol car.

II. Issues

[98] This appeal raises three questions that must, in my view, be answered as follows:

- (1) Are the respondents solidarily liable for the whole of the damage done to a patrol car during the riot because they jointly took part in a wrongful act within the meaning of art. 1480 *C.C.Q.*?

Yes. The respondents who participated in the destruction of a given patrol car jointly took part in a wrongful act and are solidarily liable for reparation of the whole of the damage that was done.

- (2) If the answer to the first question is no, did the respondents commit a common fault or contributory faults as a result of which they are solidarily liable under art. 1526 *C.C.Q.*?

If the answer to the first question is no, it must be concluded that the respondents are

[96] Si, toutefois, conformément à la conclusion de mon collègue, une telle responsabilité solidaire ne peut être imposée à ces individus en vertu de l'art. 1480 *C.c.Q.*, il faut alors conclure que l'ensemble des conduites respectives de ces individus constituent une faute commune, faute qui entraîne elle aussi une condamnation solidaire, cette fois, en application de l'art. 1526 *C.c.Q.*

[97] Sous le régime du *Code civil du Bas-Canada*, les tribunaux n'hésitaient pas à condamner solidairement un groupe de fautifs ayant causé un préjudice. Ils arrivaient à cette conclusion même si une preuve prépondérante permettait d'identifier le membre du groupe qui avait causé le préjudice. En effet, les tribunaux considéraient que c'était d'abord et avant tout la conduite dangereuse du groupe qui était la cause du préjudice subi et, donc, que les membres de ce groupe y avaient tous contribué. Cette jurisprudence a depuis été codifiée par le *Code civil du Québec*. Ainsi, que l'on applique l'art. 1480 ou encore l'art. 1526, la condamnation solidaire des intimés s'impose quant à une même auto-patrouille vandalisée.

II. Questions en litige

[98] Le présent pourvoi soulève trois questions auxquelles il faut, à mon avis, répondre comme suit :

- (1) Les intimés sont-ils solidairement responsables de la totalité des dommages causés à une auto-patrouille pendant l'émeute en raison de leur participation à un fait collectif fautif au sens de l'art. 1480 *C.c.Q.*?

Oui. Les intimés ayant participé à la destruction d'une même auto-patrouille ont pris part à un fait collectif fautif et sont tenus solidairement à la réparation de la totalité des dommages causés.

- (2) Si la réponse à la première question est négative, les intimés ont-ils commis une faute commune ou des fautes contributoires qui les rendent solidairement responsables au sens de l'art. 1526 *C.c.Q.*?

Si l'on répond par la négative à la première question, il faut nécessairement conclure que

solidarily liable under art. 1526 *C.C.Q.* because they committed a common fault or contributory faults in relation to a given patrol car.

(3) Are the respondents liable *in solidum*?

No. The concept of liability *in solidum* is not applicable in a situation involving a number of faults that are all extracontractual in nature.

III. Analysis

A. Article 1480 C.C.Q.

[99] Article 1480 *C.C.Q.* provides for solidary liability where several persons have jointly taken part in a wrongful act that has resulted in injury. In my view, these conditions are met where, as in these cases, several persons gather around a patrol car, strike it in ways that cause various damage and encourage others to do the same until the vehicle is completely destroyed.

(1) Respondents Jointly Took Part in a Wrongful Act That Resulted in Injury

[100] The trial judge in these cases found that the respondents had not jointly taken part in a wrongful act given that they had not had a clear intention and had not plotted with one another. In his view, art. 1480 *C.C.Q.* was therefore inapplicable:

[TRANSLATION] The City alleges a common venture. A common venture requires a clear intention, a plot to commit mischief. In the instant case, the evidence shows that the acts were spontaneous (although no less blameworthy) and had not been planned by the persons who committed them, who often did not know one another. According to the evidence, the evening was festive and actually had a family-friendly ambience. It was not until later in the evening that things got out of hand.

The Court concludes that in this case, although the images may be shocking, the evidence shows that there was no collusion or common intention. In short, there was no common venture among the defendants.

les intimés sont solidairement responsables au sens de l'art. 1526 *C.c.Q.*, puisqu'ils ont commis une faute commune ou des fautes contributoires quant à une même auto-patrouille.

(3) Les intimés sont-ils responsables *in solidum*?

Non. Le concept de responsabilité *in solidum* ne s'applique pas dans une situation où il y a eu plusieurs fautes, toutes extracontractuelles.

III. Analyse

A. L'article 1480 C.c.Q.

[99] L'article 1480 *C.c.Q.* prévoit qu'il y a responsabilité solidaire lorsque plusieurs personnes ont participé à un fait collectif fautif qui entraîne un préjudice. Je suis d'avis que toutes ces conditions sont réunies dans les cas où, comme en l'espèce, plusieurs personnes se regroupent autour d'une auto-patrouille, lui donnent des coups causant différents dommages, et encouragent les autres à faire de même jusqu'à ce que le véhicule soit complètement détruit.

(1) Les intimés ont participé à un fait collectif fautif qui a entraîné un préjudice

[100] En l'espèce, le juge de première instance a conclu que les intimés n'avaient pas participé à un fait collectif fautif vu l'absence d'intention claire ou de concertation entre eux. Selon lui, l'art. 1480 *C.c.Q.* n'est donc pas applicable :

La Ville allègue l'aventure commune. Pour qu'il y ait aventure commune, il faut qu'il y ait une intention claire, une concertation à commettre un méfait. Dans le cas qui nous occupe, la preuve révèle qu'il s'agit d'actes spontanés (qui sont tout autant répréhensibles) qui n'étaient pas planifiés par leurs auteurs qui, souvent, ne se connaissaient pas. Selon la preuve, la soirée était festive, voire familiale. Ce n'est que plus tard dans la soirée que les choses ont dégénéré.

Le Tribunal en arrive à la conclusion que dans le présent dossier, bien que les images puissent choquer, la preuve démontre qu'il n'y avait pas de collusion ni d'intention commune. En somme, il n'y avait pas d'aventure commune entre les défendeurs.

(2014 QCCQ 4902, 2014 QCCQ 4915, 2014 QCCQ 4916, 2014 QCCQ 4919, 2014 QCCQ 4920 and 2014 QCCQ 4921 (collectively, “QCCQ”), at paras. 47-48 (CanLII) (emphasis added).)

[101] In my opinion, the trial judge erred in law in reaching that conclusion.

[102] Article 1480 is new law. It codified the case law from before the *Civil Code of Québec* came into force.⁷ It is therefore necessary to look to that case law in order to properly define the concept of joint participation in a wrongful act and thus to determine the scope of this article. It is clear from the case law in question that it is not necessary, in order to find the respondents solidarily liable, to establish that they had a clear intention to commit mischief or had plotted to do so.

[103] When the *Civil Code of Lower Canada* was in force, the courts often relied on the concept of “collective fault” or that of “common venture” in order to find that members of a group were jointly and severally liable. Francine Drouin-Barakett and Pierre-Gabriel Jobin⁸ correctly summarized the courts’ view of the scope of these concepts:⁹

[TRANSLATION] . . . these hypothetical cases involving an express prior agreement in the nature of a plot are not the only forms of collective fault. It is instead in cases in which there is no such agreement that the appropriate use of this concept can prove invaluable.

The courts recognize that collective fault may apply in a dangerous situation resulting from a spontaneous activity. . . .

...

⁷ J.-L. Baudouin, P. Deslauriers and B. Moore, *La responsabilité civile* (8th ed. 2014), at No. 1-680. See also *Massignani v. Veilleux*, [1987] R.R.A. 541 (Que. C.A.).

⁸ F. Drouin-Barakett and P.-G. Jobin, “La faute collective dans l’équipe de professionnels” (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 49, at p. 66.

⁹ According to Frédéric Levesque, the definition proposed by Drouin-Barakett and Jobin was precisely what inspired the legislature to include joint participation in a wrongful act in the *Civil Code of Québec* (*L’obligation in solidum en droit privé québécois* (2010), at p. 219).

(2014 QCCQ 4902, 2014 QCCQ 4915, 2014 QCCQ 4916, 2014 QCCQ 4919, 2014 QCCQ 4920 et 2014 QCCQ 4921 (collectivement « QCCQ »), par. 47-48 (CanLII) (je souligne).)

[101] À mon avis, cette conclusion est entachée d’une erreur de droit.

[102] L’article 1480 est une disposition de droit nouveau, qui a codifié la jurisprudence applicable avant l’entrée en vigueur du *Code civil du Québec*⁷. Il convient donc de se tourner vers cette jurisprudence pour définir adéquatement la notion de fait collectif fautif et ainsi cerner le champ d’application de cette disposition. Or, cette jurisprudence indique clairement qu’il n’est pas nécessaire, pour que les intimés puissent être condamnés solidairement, d’établir qu’ils avaient l’intention claire de commettre un méfait ou qu’ils s’étaient concertés en vue de le faire.

[103] À l’époque du *Code civil du Bas-Canada*, les tribunaux s’appuyaient couramment sur les concepts de « faute collective » ou d’« aventure commune » pour retenir la responsabilité solidaire des membres d’un groupe. Les auteurs Francine Drouin-Barakett et Pierre-Gabriel Jobin⁸ résument bien la portée que les tribunaux accordaient à ces concepts⁹ :

. . . ces hypothèses d’ententes préalables expresses qui participent de la nature du complot ne sont pas les seules manifestations de la faute collective. C’est plutôt dans les hypothèses contraires que s’avère précieuse l’utilisation appropriée de cette faute.

Les tribunaux admettent l’application de la faute collective à des situations dangereuses résultant d’un mouvement spontané. . . .

...

⁷ J.-L. Baudouin, P. Deslauriers et B. Moore, *La responsabilité civile* (8^e éd. 2014), n° 1-680. Voir également *Massignani c. Veilleux*, [1987] R.R.A. 541 (C.A. Qc).

⁸ F. Drouin-Barakett et P.-G. Jobin, « La faute collective dans l’équipe de professionnels » (1978), 56 *R. du B. can.* 49, p. 66.

⁹ Selon l’auteur Frédéric Levesque, c’est précisément la définition proposée par les auteurs Drouin-Barakett et Jobin qui a inspiré le législateur à inclure le fait collectif fautif au *Code civil du Québec* (*L’obligation in solidum en droit privé québécois* (2010), p. 219).

Presence at the scene of the act that is the immediate cause of the damage is not conclusive. A person may have helped prepare the act and then slipped away at the last minute. Another person might join the instigators in an act that is already under way. The actions of participants who contribute to the creation of a dangerous situation may be identical or different. Finally, collective fault can exist in the case of purely spontaneous conduct as well as in that of conduct resulting from a plot. In all these scenarios, liability for collective fault will attach to all those — and only those — whose attitudes are connected with and inseparable from the damage, with the exception of fault by pure omission, about which some doubt remains, but which should also be included where the person at fault was in a position to intercede. [Emphasis added.]

[104] This definition was entirely consistent with the case law under the *Civil Code of Lower Canada*. The courts did not hesitate to impose joint and several liability on a group of persons who had acted spontaneously, but whose actions or attitudes were connected with and inseparable from the damage the victim had suffered. For example, in *Gagné v. Monzerolle*, [1967] B.R. 899 (summary), the Quebec Court of Appeal held that two drivers who had spontaneously participated in an impromptu car race were jointly and severally liable on the basis that the race had been a [TRANSLATION] “common enterprise”. Drouin-Barakett and Jobin also referred to French law and to a case in which the Cour de cassation had imposed solidary liability on a group of hunters who had acted spontaneously in what the court described as a moment of euphoria.¹⁰

[105] It is thus possible, in cases involving spontaneous acts, to find that a collective fault has been committed even though the group did not plan its actions in advance or expressly agree to them. In my opinion, this means that the trial judge erred in law in respect of the definition of joint participation in a wrongful act in stating that [TRANSLATION] “[a] common venture requires a clear intention, a plot to commit mischief” (QCCQ, at para. 47). Moreover, this error is confirmed by the facts on which he based his finding that the respondents had not jointly taken

La présence sur les lieux du fait qui a causé immédiatement le dommage n’est pas déterminante. On peut avoir contribué à la préparation de ce fait et s’être éclipsé au dernier moment. On peut en cours d’opération se joindre à des instigateurs. Les participants peuvent contribuer à créer la situation dangereuse par des gestes identiques ou différents. Enfin, la faute collective existe aussi bien dans un comportement purement spontané que dans celui qui a fait l’objet d’une concertation. Dans toutes les hypothèses, la responsabilité pour faute collective s’attachera à tous ceux — et uniquement à ceux — dont les attitudes sont reliées par la connexité et leur caractère inséparable vis-à-vis le dommage, réserve faite de la faute par pure omission sur laquelle un doute subsiste mais qui devrait aussi être admise quand son auteur était en mesure d’intervenir. [Je souligne].

[104] Cette définition est en tout point conforme à la jurisprudence fondée sur le *Code civil du Bas-Canada*. En effet, les tribunaux n’hésitaient pas à condamner solidairement un groupe de personnes ayant agi spontanément, mais dont les actions ou attitudes sont reliées par une connexité et leur caractère inséparable avec le dommage subi par la victime. À titre d’exemple, dans l’affaire *Gagné c. Monzerolle*, [1967] B.R. 899 (résumé), la Cour d’appel du Québec a condamné solidairement deux automobilistes ayant participé spontanément à une course improvisée, au motif qu’il s’agissait d’une « commune entreprise ». Les auteurs Drouin-Barakett et Jobin se réfèrent également au droit français et à un arrêt de la Cour de cassation dans lequel celle-ci a retenu la responsabilité solidaire d’un groupe de chasseurs ayant agi dans un mouvement spontané, qu’elle a qualifié de moment d’euphorie¹⁰.

[105] Il est donc possible de conclure à l’existence d’une faute collective en cas d’actes spontanés, sans qu’il y ait eu planification préalable des actions du groupe ou accord exprès à leur égard. Ainsi, à mon avis, l’énoncé suivant du juge de première instance comporte une erreur de droit quant à la définition de fait collectif fautif : « Pour qu’il y ait aventure commune, il faut qu’il y ait une intention claire, une concertation à commettre un méfait » (QCCQ, par. 47). Les faits sur lesquels il se fonde pour conclure à l’absence d’un fait collectif

¹⁰ p. 66.

¹⁰ p. 66.

part in a wrongful act. The trial judge’s finding of fact that “the acts were spontaneous . . . and had not been planned by the persons who committed them, who often did not know one another” (QCCQ, at para. 47), cannot suffice to justify a finding that the respondents did not jointly take part in a wrongful act in the instant cases.

[106] In his reasons, the trial judge sought to resolve the following issue with respect to the application of art. 1480 *C.C.Q.*:

[TRANSLATION] The Court agreed with the parties that this judgment will have two parts. In the first, the Court will determine whether the riot of April 21, 2008 constituted joint participation in an act, in which case the defendants will be solidarily liable (1480 *C.C.Q.*).

(QCCQ, at para. 14 (emphasis added).)

[107] I agree with the trial judge that the riot of April 21, 2008, viewed as a whole, cannot constitute joint participation in a wrongful act. A riot involving hundreds of people that occurs on many streets of downtown Montréal is an event that is simply too vast for there to be a sufficient nexus between the actions of all the participants. Every person who committed a fault that night could not be found solidarily liable for the whole of the damage.

[108] In fact, it was precisely to avoid such a result that the Barreau du Québec recommended adding the word “*fautif*” (wrongful) to art. 1480 *C.C.Q.* at the time of the reform of the civil law:

[TRANSLATION] The Barreau first suggested that the word *fautif* be added after the expression *fait collectif* [before the word “act” in the English version] in clause 1538 of the bill (art. 1480 *C.C.Q.*). The purpose of this clarification was to avoid having “every representative at an activity that is in itself legitimate (e.g. legal strike, demonstration) be liable for an injury caused by a small group of persons”.¹¹

[109] This does not mean that wrongful acts in which smaller groups jointly took part during the

fautif confirmait d’ailleurs cette erreur. En effet, les conclusions de fait du juge de première instance selon lesquelles « il s’agi[ssait] d’actes spontanés [. . .] qui n’étaient pas planifiés par leurs auteurs qui, souvent, ne se connaissaient pas » (QCCQ, par. 47) ne sauraient suffire pour écarter l’existence d’un fait collectif fautif en l’espèce.

[106] Dans ses motifs, le juge de première instance cherche à répondre à la question suivante concernant l’application de l’art. 1480 *C.c.Q.* :

Le Tribunal a convenu avec les parties que le présent jugement comporterait deux parties. La première consiste à déterminer si la manifestation du 21 avril 2008 constitue un « fait collectif », ce qui entraînerait la solidarité entre les défendeurs (1480 *C.c.Q.*).

(QCCQ, par. 14 (je souligne).)

[107] Je partage l’avis du premier juge suivant lequel, considérée dans son ensemble, la manifestation du 21 avril 2008 ne saurait constituer un fait collectif fautif. En effet, une émeute regroupant des centaines de personnes et se déroulant dans plusieurs rues du centre-ville de Montréal est un événement tout simplement trop vaste pour qu’il existe une connexité suffisante entre les actions de tous les participants. Toutes les personnes qui ont commis une faute ce soir-là ne sauraient être condamnées solidairement pour l’ensemble des dommages causés.

[108] En fait, c’est précisément pour éviter un tel résultat que le Barreau du Québec a recommandé l’ajout du terme « fautif » à l’art. 1480 *C.c.Q.* lors de la réforme du droit civil :

Le Barreau a tout d’abord suggéré l’addition du terme fautif à la suite de l’expression fait collectif à l’article 1538 du projet (art. 1480 *C.c.Q.*). La précision a pour but d’éviter que « tous les représentants à une activité en soi légitime (ex. : grève légale, manifestation, etc.) soient responsables du préjudice causé par un noyau de personnes »¹¹.

[109] Cela ne signifie toutefois pas qu’il soit impossible d’identifier un fait collectif fautif commis

¹¹ Levesque, at p. 222 (footnote omitted).

¹¹ Levesque, p. 222 (note en bas de page omise).

riot cannot be identified, though. But the trial judge did not decide this issue. I repeat that he was instead seeking to determine [TRANSLATION] “whether the riot of April 21, 2008 constituted joint participation in an act” (QCCQ, at para. 14). Thus, in the first section of his reasons, which was an integral part of his decisions in all the cases before him, he established that the riot of April 21, 2008 had not constituted joint participation in a wrongful act.

[110] In the second section of the reasons, which was specific to each individual case, he merely stated that the question of joint participation in a wrongful act had already been decided (see, for example, 2014 QCCQ 4921, at para. 56 (CanLII)). In my view, he left open the question whether each group of respondents who had done damage to a given vehicle had jointly taken part in a wrongful act as a result of which those respondents were solidarily liable.

[111] Small groups of individuals did in fact form on the night of the riot. Each of those groups attacked a single patrol car until it was completely destroyed. Given the individual conduct of the persons who did damage to the same property together with the bandwagon atmosphere that resulted, there is no doubt that their actions, whose ultimate purpose was, collectively, to destroy a single patrol car, were connected. Though the acts were not identical and were not always committed at exactly the same time, they were a series of related acts that were committed in the same place within a short period of time and in relation to the same property.

[112] My colleague states that, in the cases decided under both the *Civil Code of Québec* and the *Civil Code of Lower Canada*, the persons who had jointly taken part in a wrongful act had “shared a common, albeit sometimes tacit, intention, a factor that is sorely lacking in the instant cases” (para. 59). Yet the cases he cites (at paras. 47 et seq.) concerned groups whose tacit intention was established on the basis of their having participated in a dangerous activity that had resulted in injury. In most of those cases, there had been no prior agreement between or preparation by the members of the group. I need only cite the example of the drivers who spontaneously participated

par des groupes plus restreints au cours de l’*émeute*. Or, le juge de première instance n’a pas tranché cette question. Je rappelle qu’il cherchait plutôt à déterminer « si la manifestation du 21 avril 2008 constitue un “fait collectif” » (QCCQ, par. 14). Ainsi, dans la première section de ses motifs, laquelle est partie intégrante de sa décision dans tous les dossiers dont il était saisi, il établit que l’*émeute* du 21 avril 2008 ne constitue pas un fait collectif fautif.

[110] Dans la seconde section du jugement, propre à chaque dossier, il se contente d’affirmer que la question du fait collectif fautif a déjà été décidée (voir, par exemple, 2014 QCCQ 4921, par. 56 (CanLII)). La question de savoir si chaque groupe d’intimés ayant endommagé le même véhicule a participé à un fait collectif fautif entraînant la responsabilité solidaire de ces intimés est, à mon avis, demeurée en suspens.

[111] En fait, lors de cette soirée d’*émeute*, des groupes restreints d’individus se sont effectivement formés. Chacun de ces groupes s’est acharné sur une même auto-patrouille jusqu’à ce qu’elle soit complètement détruite. La conduite individuelle des personnes ayant endommagé un même bien, conjuguée à l’atmosphère d’entraînement ainsi créée, démontre un lien de connexité indéniable entre leurs actions qui visaient ultimement, ensemble, à détruire une même auto-patrouille. Sans être des actes identiques commis exactement au même moment, il s’agit d’une série d’actions connexes, commises au même endroit, à l’intérieur d’un court laps de temps et visant un même bien.

[112] Mon collègue affirme que, dans les décisions rendues tant en vertu du *Code civil du Québec* que du *Code civil du Bas-Canada*, les participants à un fait collectif fautif « partageaient une intention commune, parfois tacite, facteur qui fait cruellement défaut en l’espèce » (par. 59). Pourtant, les jugements dont il fait état (aux par. 47 et suiv.) concernent des groupes dont l’intention tacite est établie par la participation à une activité dangereuse qui entraîne un préjudice. La plupart de ces dossiers ne révélaient l’existence d’aucune entente entre les membres du groupe ou de préparation préalable de leur part. Qu’il suffise de mentionner l’exemple de la participation

in an impromptu car race (*Gagné*) or that of the group of children throwing stones for fun (*D’Allaire v. Trépanier*, [1961] C.S. 619 (Que.)). Therefore, as regards the intention that must be shared by persons who jointly take part in a wrongful act, the cases in question are fully applicable to the instant cases, in which groups of persons participated spontaneously in the destruction of vehicles.

[113] I accordingly conclude that the persons who participated in the destruction of a given patrol car jointly took part in a wrongful act. Moreover, their joint participation in a wrongful act resulted in injury: the total loss of the patrol car. As the City argues:

[TRANSLATION] The respondents could not have been unaware that if they jointly took part in vandalizing a vehicle, it would in the end be completely destroyed, given that a riot was under way and that they themselves were the rioters. In this case, there is an inextricable and very close connection between each respondent’s actions and the whole of the damage suffered by the appellant in respect of each vehicle.

(A.F., at para. 90)

[114] Unlike my colleague, who states that the City’s argument results from “disregarding part of what the trial judge said” (para. 78), I am of the view that the trial judge’s findings of fact support the City’s argument in this regard. The trial judge described the events as follows: [TRANSLATION] “Collective destruction for no reason. A jubilant crowd that smashed everything in its path for fun. A spontaneous reaction fuelled by shouts of encouragement that prodded each new person to do something worse” (2014 QCCQ 4915, at para. 68 (CanLII) (emphasis added)). And he added the following: “If one considers the defendants’ active participation in the riot, the acts of vandalism that were committed, the shouts of encouragement to other rioters to commit acts of mischief against police vehicles, all against a backdrop of unappeasable violence, these facts make this event unique” (2014 QCCQ 4915, at para. 72).

spontanée à une course de voitures improvisée (*Gagné*), ou celui du groupe d’enfants qui s’amusaient à lancer des pierres (*D’Allaire c. Trépanier*, [1961] C.S. 619 (Qc)). En conséquence, en ce qui a trait à la question de l’intention que doivent partager les participants au fait collectif fautif, ces décisions sont tout à fait applicables à notre dossier, où un groupe de personnes participent spontanément à la destruction d’un véhicule.

[113] J’arrive donc à la conclusion que les personnes ayant participé à la destruction d’une même auto-patrouille ont pris part à un fait collectif fautif. De plus, ce fait collectif fautif a entraîné un préjudice : la perte totale de l’auto-patrouille. Comme le soutient la Ville :

Les intimés ne pouvaient ignorer qu’en participant collectivement au saccage d’un véhicule, ce dernier finirait par être complètement détruit, alors qu’une émeute est en cours et qu’ils en sont eux-mêmes les acteurs. Dans ce cas, il existe une relation indissociable et de grande proximité entre chacun des gestes des intimés et la totalité des dommages subis par l’appelante pour chaque véhicule.

(m.a., par. 90)

[114] Contrairement à mon collègue, qui affirme que l’argument de la Ville découle d’une « lecture tronquée des motifs du premier juge » (par. 78), je suis d’avis que les conclusions de fait du juge de première instance appuient cet argument de la Ville. En effet, ce dernier a décrit en ces termes les événements qui ont eu lieu : « Un saccage collectif sans raison. Une foule en liesse qui brise tout sur son passage pour le plaisir. Une réaction spontanée, alimentée par des encouragements qui poussent le prochain à faire pire » (2014 QCCQ 4915, par. 68 (CanLII) (je souligne)). De plus, le juge de première instance note que « lorsque l’on considère la participation active des défendeurs à l’émeute, les gestes de saccage posés, les encouragements aux autres manifestants à commettre des méfaits sur les véhicules de police, tout cela sur un fond de violence inapaisable, [ils] font en sorte de rendre cet évènement unique » (2014 QCCQ 4915, par. 72).

[115] It is not a matter here of questioning the trial judge's findings that the riot as a whole was not a common venture and that there was no causal connection between the riot as a whole and the destruction of the various vehicles. But in my view, the trial judge erred in law in defining joint participation in a wrongful act. His findings of fact lead to the conclusion that the respondents jointly took part in wrongful acts during the riot and that each of the acts they took part in resulted in the destruction of a patrol car. All in all, those findings were sufficient to hold the respondents solidarily liable for reparation of the whole of that injury, and it was therefore unnecessary to identify separate faults within this collective fault and link each one to a portion of the damage done by the group.

[116] My colleague seems to suggest that certain of the trial judge's findings should be disregarded on the basis that he made them in the section of his reasons on punitive damages (para. 78). I do not agree with my colleague on this point: regardless of whether the trial judge's findings of fact were relied on in discussing compensatory damages or in discussing punitive damages, they can very well be relevant to both of these separate issues and they remain the same no matter what issue is being discussed and which section of the reasons they are found in.

[117] On the subject of punitive damages, my colleague notes at para. 80 of his reasons that, “[i]n *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64, this Court put an end to a longstanding judicial difference of opinion and held that punitive damages are autonomous in nature”. In my view, that comment is not necessary to dispose of this appeal, since punitive damages are not at issue here. I would add that I am not convinced that *de Montigny* actually put an end to any disagreement about whether punitive damages are autonomous in nature.

[115] Il ne s'agit pas ici de remettre en question les conclusions du juge de première instance portant que l'émeute dans son ensemble ne constituait pas une aventure commune, et qu'il n'existait pas de lien de causalité entre l'émeute dans son ensemble et la destruction des différents véhicules donnés. Toutefois, j'estime que le juge de première instance a commis une erreur de droit dans sa définition de « fait collectif fautif ». En effet, ses conclusions de fait permettent de conclure que les intimés ont participé à des faits collectifs fautifs dans le cours de l'émeute, et que chacun de ces faits collectifs a entraîné la destruction d'une auto-patrouille. Globalement, ces conclusions de fait étaient suffisantes pour condamner solidairement les intimés à réparer l'entièreté de ce préjudice, et il était dès lors inutile de s'attarder à identifier des fautes distinctes à l'intérieur de cette faute collective et à les relier à une fraction du dommage causé par le groupe.

[116] Mon collègue semble suggérer de faire abstraction de certaines conclusions du juge de première instance en affirmant qu'elles se trouvent dans la section de son analyse portant sur les dommages-intérêts punitifs (par. 78). Je ne partage pas ses vues à cet égard, car peu importe qu'elles servent à l'analyse des dommages-intérêts compensatoires ou à celle des dommages-intérêts punitifs, les conclusions de fait du juge de première instance peuvent très bien être pertinentes pour répondre à ces deux questions distinctes, et demeurent les mêmes, indépendamment de la question analysée et de la section où elles se retrouvent dans l'analyse.

[117] Au sujet des dommages-intérêts punitifs, mon collègue note, au par. 80 de ses motifs, que « [d]ans l'arrêt *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64, notre Cour a mis fin à une longue controverse jurisprudentielle et consacré le caractère autonome des dommages-intérêts punitifs ». Je considère que ces observations ne sont pas nécessaires pour trancher le présent pourvoi, puisque les dommages-intérêts punitifs ne font pas l'objet de celui-ci. En outre, j'ajouterais que je ne suis pas convaincue que l'arrêt *de Montigny* a effectivement mis fin à toute controverse quant au caractère autonome ou non des dommages-intérêts punitifs.

(2) Impossibility of Determining the Cause of the Injury

[118] According to my colleague Gascon J., in addition to the conditions set out above, it must, before a group of persons may be found solidarily liable under art. 1480 *C.C.Q.*, “be impossible to determine which person actually caused the injury” (para. 19). While he acknowledges that this requirement does not flow from the concept of joint participation in a wrongful act or that of a common venture, my colleague expresses the view that, in light of that article’s wording, it must nonetheless be met (para. 56).

[119] There are many examples of cases decided in the context of the *Civil Code of Lower Canada* in which the members of a group that had taken part in a common venture were held jointly and severally liable even though it had been shown on a balance of probabilities which person had actually caused the injury (*D’Allaire; Gagné; Laxton v. Sylvestre*, [1972] C.S. 297 (Que.), aff’d [1975] C.A. 648 (Que.); *Dumont v. Desjardins*, [1994] R.R.A. 459 (Que. Sup. Ct.)). Logically, the same conclusion applies even where it is possible to identify a member of the group who directly caused a portion of the injury. This is because it is the collective fault that is agreed to be the source of the injury regardless of which person directly caused the injury. This is the very case law the legislature codified in enacting arts. 1480 and 1526 *C.C.Q.*

[120] In my opinion, there is no indication that the legislature intended to add another requirement to the concept of joint participation in a wrongful act, as defined by the courts, when it codified that concept in the *Civil Code of Québec*. I agree with the City that the words “*sans qu’il soit possible, dans l’un ou l’autre cas, de déterminer laquelle l’a effectivement causé*” (“where it is impossible to determine, in either case, which of them actually caused it”) in the French version of art. 1480 *C.C.Q.* apply only to the second part of that article with respect to separate faults. As the Court of Appeal stated in the cases at bar, [TRANSLATION] “[i]t may be possible to read

(2) L’impossibilité de déterminer la cause du préjudice

[118] Selon mon collègue le juge Gascon, en plus des conditions énoncées à la section précédente, il faudrait « qu’il soit impossible de déterminer quelle personne a effectivement causé le préjudice » pour qu’un groupe de personnes puissent être condamnées solidairement sur la base de l’art. 1480 *C.c.Q.* (par. 19). Même s’il reconnaît que cette exigence ne découle pas des notions de fait collectif fautif ou d’aventure commune, mon collègue est d’avis qu’elle est néanmoins essentielle en raison du libellé de la disposition susmentionnée (par. 56).

[119] La jurisprudence fondée sur le *Code civil du Bas-Canada* comporte de nombreux exemples de cas où les membres d’un groupe ayant pris part à une aventure commune ont été tenus solidairement responsables, et ce, même si la preuve démontrait de manière prépondérante quelle personne avait effectivement causé le préjudice (*D’Allaire; Gagné; Laxton c. Sylvestre*, [1972] C.S. 297 (Qc), conf. par [1975] C.A. 648 (Qc); *Dumont c. Desjardins*, [1994] R.R.A. 459 (C.S. Qc)). En toute logique, cette même conclusion s’impose même dans le cas où il est possible d’identifier un membre du groupe qui a directement causé une fraction du préjudice. Il en est ainsi puisqu’il est admis que c’est la faute collective qui entraîne le préjudice, peu importe l’identité de la personne ayant causé directement ce préjudice. Or, c’est précisément cette jurisprudence que le législateur a codifiée en adoptant les art. 1480 et 1526 *C.c.Q.*

[120] À mon avis, rien n’indique que le législateur ait souhaité ajouter une exigence supplémentaire au concept jurisprudentiel de fait collectif fautif lorsqu’il a incorporé celui-ci dans le *Code civil du Québec*. En effet, tout comme la Ville, je considère que les mots « sans qu’il soit possible, dans l’un ou l’autre cas, de déterminer laquelle l’a effectivement causé » ne s’appliquent qu’à la seconde partie de l’art. 1480 *C.c.Q.* concernant les fautes distinctes. Comme l’a indiqué la Cour d’appel en l’espèce, « [l]a version française, compte tenu de sa syntaxe, peut possiblement être lue de [cette] façon » (2016 QCCA 1022, par. 59 (CanLII)). De plus,

the French version in [this] manner . . . in light of its syntax” (2016 QCCA 1022, at para. 59 (CanLII)). Moreover, unlike my colleague, I am of the view that the English version does not conflict with this interpretation:

1480. Where several persons have jointly taken part in a wrongful act which has resulted in injury or have committed separate faults each of which may have caused the injury, and where it is impossible to determine, in either case, which of them actually caused it, they are solidarily liable for reparation thereof.

[121] This provision can be read as follows: “Where several persons . . . have committed separate faults each of which may have caused the injury, and where it is impossible to determine, in either case, which of them actually caused it . . .” This means that when a court applies the first part of the article, a finding that “several persons have jointly taken part in a wrongful act which has resulted in injury” or, in French, that “*plusieurs personnes ont participé à un fait collectif fautif qui entraîne un préjudice*” will suffice for it to find the participants solidarily liable for reparation of the injury.

[122] This interpretation is consistent with the scheme and object of the legislation. The civil liability scheme is based on the concept of fault. In the case of joint participation in a wrongful act, the members of a group are found solidarily liable because it is their collective fault that is considered to be the cause of the injury. A case that can be cited to illustrate this is *Massignani v. Veilleux*, [1987] R.R.A. 541 (Que.), at pp. 543-44, in which the Court of Appeal endorsed the remarks of Albert Mayrand¹² (later a judge of that court) concerning the common venture concept:

[TRANSLATION] In my view, even if it is assumed that only one of the two appellants fired the shot or two shots that injured the respondents, the appellants must be found to be jointly and severally liable in the circumstances of this case.

¹² A. Mayrand, “L’énigme des fautes simultanées” (1958), 18 *R. du B.* 1, at p. 16.

contrairement à mon collègue, j’estime que la version anglaise ne contredit pas cette interprétation :

1480. Where several persons have jointly taken part in a wrongful act which has resulted in injury or have committed separate faults each of which may have caused the injury, and where it is impossible to determine, in either case, which of them actually caused it, they are solidarily liable for reparation thereof.

[121] Cette disposition peut être lue comme suit : « *Where several persons [. . .] have committed separate faults each of which may have caused the injury, and where it is impossible to determine, in either case, which of them actually caused it . . .* » À la première partie de l’article, il suffit donc de conclure que « plusieurs personnes ont participé à un fait collectif fautif qui entraîne un préjudice », ou en anglais que « *several persons have jointly taken part in a wrongful act which has resulted in injury* », pour condamner solidairement les participants à la réparation du préjudice.

[122] Cette interprétation est conforme à l’économie et l’objet de la loi. En effet, le régime de responsabilité civile est fondé sur le concept de faute. Or, dans le cas d’un fait collectif fautif, les membres d’un groupe sont tenus solidairement responsables, étant donné que c’est leur faute collective qui est considérée comme la cause du préjudice. À cet effet, il est possible de se référer à l’arrêt de la Cour d’appel *Massignani c. Veilleux*, [1987] R.R.A. 541 (Qc), p. 543-544, dans lequel elle cite avec approbation les propos de l’auteur Albert Mayrand¹² (plus tard juge à la Cour d’appel du Québec) au sujet de la notion d’aventure commune :

À mon avis, même en assumant qu’un seul des deux appelants a tiré le ou les deux coups de feu qui ont blessé les intimés, leur responsabilité solidaire doit être retenue, compte tenu des circonstances de l’espèce.

¹² A. Mayrand, « L’énigme des fautes simultanées » (1958), 18 *R. du B.* 1, p. 16.

They took part in a common venture that was unlawful, extremely careless and dangerous.

...

On this point, I endorse Mr. Mayrand's observations:

Where hunters are alleged to have been careless in hunting, the fault on which the action is based is not the shots fired by each of them, one of which injured the victim, but their common carelessness, which created a dangerous situation. The shots are nothing more than the foreseeable result of conduct that was already wrongful, the final phase of a careless activity. For the members of the group to be jointly and severally liable, it is not necessary that the careless enterprise have been conducted in its entirety by all of them; it is enough that all of them participated in it to some degree. If they took part in a battue in the woods without first deciding on a plan and agreeing on safety measures, they are collectively guilty of carelessness.

Carelessness in a hunting expedition is not as direct a fault as the shot that injured the victim. Is it a legal cause of the accident? This takes us back to the question of adequate causation referred to above. It is our view that, in many circumstances, the shot that injured the victim is a normal and foreseeable result of a fault of omission and of the careless behaviour of all the hunters. This wrongful behaviour is therefore — to use the accepted jargon — the *causa causans*, not merely a *sine qua non*, of the damage. Carelessness in the hunt increased the risk that damage would occur. In some circumstances, it is reasonable to think that, without this collective carelessness, the shots would not have been fired. [Emphasis added; footnote omitted.]

[123] My colleague Gascon J. cites a passage from the commentaries of the Minister of Justice on the reform of the *Civil Code of Québec* in support of his position:

As the Minister of Justice mentioned, art. 1480 *C.C.Q.* resolves the problem of apportionment of liability among those who are at fault (Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. I, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), at p. 906). He added that, in the cases contemplated in art. 1480 *C.C.Q.*, the rule of solidarity applies [TRANSLATION] “to protect the

Les deux appelants se sont engagés dans une aventure commune, illégale, singulièrement imprudente et dangereuse.

...

Ici, je fais miennes les considérations de M^e Mayrand :

Quand on reproche aux chasseurs une imprudence dans la conduite de la chasse, la faute qui fait la base de l'action n'est pas le coup de feu tiré par chacun d'eux et dont l'un a blessé la victime, mais bien l'imprudence commune des chasseurs qui a créé une situation dangereuse. Les coups de feu ne sont plus ici que la suite prévisible d'une conduite déjà fautive, la phase ultime d'une activité imprudente. Pour qu'il y ait solidarité, on n'exige pas que l'entreprise imprudente ait été exécutée entièrement par tous les membres du groupe; il suffit que tous y aient participé dans une certaine mesure. S'ils ont participé à une battue en forêt sans avoir préalablement arrêté un plan et sans avoir convenu de certaines mesures de sécurité, ils ont commis une imprudence collective.

La poursuite imprudente d'une expédition de chasse n'est pas une faute aussi directe que le coup de feu qui a blessé la victime. Est-ce une cause juridique de l'accident? Ceci nous ramène à la question déjà soulevée de la causalité adéquate. Pour notre part, nous estimons que dans bien des circonstances le coup de feu qui a blessé la victime est une suite normale et prévisible d'une faute d'abstention et du comportement imprudent de tous les chasseurs. Ce comportement fautif serait donc — pour employer un jargon admis — une *causa causans*, non pas une simple condition *sine qua non*, du dommage. La poursuite imprudente de la chasse a accru les risques de réalisation du dommage et, dans certaines circonstances, il est raisonnable de penser que, sans cette imprudence collective, les coups de feu n'auraient pas été tirés. [Je souligne; note en bas de page omise.]

[123] Mon collègue le juge Gascon rappelle un passage des commentaires du ministre de la Justice portant sur la réforme du *Code civil du Québec* pour appuyer sa position :

Comme le mentionne le ministre de la Justice, l'art. 1480 *C.c.Q.* règle le problème du partage de la responsabilité entre les auteurs des fautes (ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, *Le Code civil du Québec — Un mouvement de société* (1993), p. 906). Le ministre ajoute que la règle de la solidarité s'impose dans les cas d'application de l'art. 1480 *C.c.Q.* « pour assurer

victim, because, in the circumstances, the victim is unable to establish a causal connection between the injury he or she suffered and the causal fault” (*ibid.*). The legislature has thus ensured that the victim does not bear the consequences of evidentiary difficulties that can be attributed to the situation in which he or she has been placed by the persons who committed the faults (see also P. Deschamps, “Cas d’exonération et partage de responsabilité en matière extracontractuelle”, in *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile* (loose-leaf), vol. 1, by P.-C. Lafond, ed., fasc. 22, at para. 15; Khoury, at para. 32). [para. 31]

[124] In the cases at bar, contrary to what my colleague says (at para. 39), the respondents are not being held solidarily liable solely on the basis that the victim cannot identify the person who caused the damage (or a portion of the damage). Rather, it is important to protect the victim, because, in the circumstances, the victim is unable to establish a causal connection between a fault — other than the joint participation in a wrongful act — and the total loss of a patrol car. First of all, the evidence does not in every case establish the exact sequence of events where two or more respondents acted simultaneously to do damage to a given vehicle. As well, it is impossible to establish the exact moment when a vehicle became a total loss or the condition a vehicle was in when it was set on fire. Finally, the greater the number of harmful acts, the harder it is to distinguish the damage caused by each individual.

[125] It is obvious that even if all the persons who had committed faults could be identified, the court would still be confronted with a serious evidentiary issue in that it would be unable to attribute each share of the partitioned injury to those individuals. In such circumstances, why should the group of individuals who jointly took part in the wrongful act be favoured over the innocent victim? The exact opposite is suggested by arts. 1480 and 1526 *C.C.Q.* As my colleague notes, “[t]he legislature has . . . ensured that the victim does not bear the consequences of evidentiary difficulties that can be attributed to the situation in which he or she has been placed by the persons who committed the faults” (para. 31).

[126] One example drawn from this appeal clearly shows how grossly unfair it would be to the victim

la protection de la victime car celle-ci ne peut, dans les circonstances, établir le lien de causalité entre le préjudice qu’elle a subi et la faute causale » (*ibid.*). De cette façon, le législateur s’assure que la victime ne subit pas les conséquences de difficultés de preuve imputables à la situation dans laquelle les auteurs des fautes l’ont placée (voir aussi P. Deschamps, « Cas d’exonération et partage de responsabilité en matière extracontractuelle », dans *JurisClasseur Québec — Collection droit civil — Obligations et responsabilité civile* (feuilles mobiles), vol. 1, par P.-C. Lafond, dir., fasc. 22, par. 15; Khoury, par. 32). [par. 31]

[124] En l’espèce, contrairement à ce qu’affirme mon collègue (par. 39), on ne condamne pas les intimés solidairement au seul motif que la victime ne peut retrouver l’auteur du dommage (ou d’une fraction du dommage). Il importe plutôt d’assurer la protection de la victime, car celle-ci ne pourrait, dans les circonstances, établir un lien de causalité entre une faute — autre que le fait collectif fautif — et la perte totale d’une auto-patrouille. D’une part, la preuve ne permet pas dans tous les cas d’établir la séquence exacte des actes commis pendant que plusieurs intimés endommageaient simultanément un même véhicule. D’autre part, il n’est pas non plus possible d’établir à quel moment le véhicule est devenu une perte totale, ou dans quel état il se trouvait lorsqu’il a été incendié. Finalement, plus les actes dommageables s’accumulent, plus il devient difficile d’individualiser les dommages causés par chacun.

[125] Il est évident que même si tous les fautifs pouvaient être identifiés, le tribunal serait tout de même confronté à un important problème de preuve en ce qu’il ne pourrait attribuer chaque part du préjudice scindé à ces individus. Dans de telles circonstances, pourquoi devrait-on favoriser le groupe d’individus ayant participé au fait collectif fautif, plutôt que l’innocente victime? Les articles 1480 et 1526 *C.c.Q.* nous indiquent précisément le contraire. Comme le souligne mon collègue, « le législateur s’assure que la victime ne subit pas les conséquences de difficultés de preuve imputables à la situation dans laquelle les auteurs des fautes l’ont placée » (par. 31).

[126] Un exemple tiré du présent pourvoi est très révélateur quant à l’injustice flagrante que subirait

not to impose solidary liability. In case number 2014 QCCQ 4919, the City claimed \$20,707.53 for the total destruction of patrol car 21-15, which had been vandalized and set on fire during the riot. The trial judge found seven individuals liable in respect of that vehicle:

- (1) Defendant Favreau Courtemanche admitted that he had [TRANSLATION] “kicked the grill of the vehicle . . . a few times” (para. 83 (CanLII)). *He was ordered to pay \$400 in compensatory damages.*
- (2) Defendant Iden [TRANSLATION] “admitted that he had thrown a metal garbage can at the front fender . . . [and] that he had climbed onto the hood, thereby denting it slightly” (para. 124). *He was ordered to pay \$1,000 in compensatory damages.*
- (3) Defendant Bradshaw [TRANSLATION] “admitted that he had climbed onto and jumped on the hood of the vehicle, thereby denting it” (para. 147). *He was ordered to pay \$700 in compensatory damages.*
- (4) Defendant Primeau kicked the car several times. The trial judge stressed the following with respect to the defendant’s attitude: [TRANSLATION] “The video clips clearly show the defendant encouraging the crowd to do damage to the vehicle. A few times, the defendant is heard shouting ‘Come on’ while waving his arms as a sign of encouragement. That attitude will certainly affect the amount awarded as punitive damages” (para. 60). The defendant therefore “not only took part in the riot, he encouraged those around him to commit acts of mischief against police vehicle 21-15” (para. 78). In doing so, he incited the crowd to do damage to the vehicle (para. 79). Mr. Primeau also admitted that he was still present at the scene and saw the individual who set fire to the vehicle. *He was ordered to pay \$900 in compensatory damages.*

la victime en l’absence de condamnation solidaire. Dans le dossier 2014 QCCQ 4919, la Ville réclame la somme de 20 707,53 \$ pour la destruction totale de l’auto-patrouille 21-15, qui a été saccagée et incendiée lors de l’émeute. Le juge de première instance retient la responsabilité de sept individus à l’égard de cette auto-patrouille :

- (1) Le défendeur Favreau Courtemanche admet avoir donné « quelques coups de pieds dans la calandre du véhicule » (par. 83 (CanLII)). *Il est condamné à payer 400 \$ en dommages-intérêts compensatoires.*
- (2) Le défendeur Iden « admet avoir lancé une poubelle de métal sur l’aile avant [. . .], être monté sur le capot et avoir ainsi causé un léger enfoncement de celui-ci » (par. 124). *Il est condamné à payer 1 000 \$ en dommages-intérêts compensatoires.*
- (3) Le défendeur Bradshaw « admet être monté et avoir sauté sur le capot du véhicule, et avoir ainsi causé un enfoncement de celui-ci » (par. 147). *Il est condamné à payer 700 \$ en dommages-intérêts compensatoires.*
- (4) Le défendeur Primeau a donné plusieurs coups de pied sur l’auto-patrouille. Le juge de première instance souligne ce qui suit au sujet de l’attitude du défendeur : « Sur les extraits vidéo, on voit clairement le défendeur encourager la foule à commettre des dommages au véhicule. On entend à quelques reprises le défendeur crier “Come on”, les bras dans les airs en signe d’encouragement. Cette attitude aura sûrement une influence quant à la somme allouée à titre de dommages punitifs » (par. 60). Le défendeur a donc « non seulement particip[é] à cette émeute, il a encouragé son entourage à commettre des méfaits contre le véhicule de police 21-15 » (par. 78). Ces encouragements ont incité la foule présente à endommager le véhicule (par. 79). M. Primeau a d’ailleurs admis qu’il se trouvait toujours sur les lieux et a aperçu l’individu qui a incendié le véhicule. *Il est condamné à payer 900 \$ en dommages-intérêts compensatoires.*

- (5) Defendant Nega jumped [TRANSLATION] “with both feet on the hood of vehicle 21-15 and kicked at the windshield, which he broke. Finally, he picked up a metal garbage can and hit police car 21-15 many times, to say nothing of the many times he gleefully kicked the body of the vehicle” (para. 110). The police report also notes that, [TRANSLATION] “[i]n each interval between acts of mischief, the accused got the crowd worked up by shouting and throwing bottles and rocks” (reproduced in A.R., vol. V, pp. 952-54, at p. 954). *He was ordered to pay \$2,000 in compensatory damages.*
- (6) Defendant Davin [TRANSLATION] “jumped on the hood, on the roof of vehicle 21-15. He smashed the headlights and roof lights and threw beer bottles at the vehicle’s windows. He also attacked an individual who tried to reason with him, hitting him in the head with a bottle” (para. 134). According to the police report, Mr. Davin stated that it was his friends who had set fire to the vehicle. He even added that “given the chance, he would start all over again and that, had he been given the opportunity to do so, he would have set the vehicle on fire” (para. 135). *He was ordered to pay \$2,000 in compensatory damages.*
- (7) Defendant Chaperon helped another individual light a piece of cardboard that he himself then placed in the vehicle, which was set on fire. *He was ordered to pay \$4,000 in compensatory damages.*
- (5) Le défendeur Nega a sauté « à pieds joints, sur le capot du véhicule 21-15, donnant des coups de pied dans le pare-brise, qu’il brisa. Finalement, il attrape une poubelle en métal et donne de nombreux coups sur la voiture de police 21-15, et ce, sans compter les nombreux coups de pied distribués allègrement sur la carrosserie du véhicule » (par. 110). Le rapport de police signale également qu’« [e]ntré chaque épisode de méfaits, l’accusé agitait la foule en criant et en lançant des bouteilles et des roches » (reproduit au d.a., vol. V, p. 952-954, p. 954). *Il est condamné à payer 2 000 \$ en dommages-intérêts compensatoires.*
- (6) Le défendeur Davin « saute sur le capot, sur le toit du véhicule 21-15. Il fracasse les phares, les gyrophares et lance des bouteilles de bière dans les vitres du véhicule. Il s’en prend aussi à un citoyen, qui tente de le raisonner, en lui donnant un coup de bouteille sur la tête » (par. 134). Selon le rapport de police, M. Davin aurait affirmé que ce sont ces amis qui ont incendié le véhicule. Il ajoute même que « si l’occasion lui est donnée, il recommencera et que si l’opportunité lui avait été donnée, il aurait mis le feu au véhicule » (par. 135). *Il est condamné à payer 2 000 \$ en dommages-intérêts compensatoires.*
- (7) Le défendeur Chaperon a aidé un autre individu à allumer un morceau de carton qu’il a ensuite lui-même déposé dans le véhicule qui a été incendié. *Il est condamné à payer 4 000 \$ en dommages-intérêts compensatoires.*

[127] In the case in question, the City was thus able to identify seven individuals who had taken part in the destruction of the patrol car. It was also able to identify the person who had started the fire. As a result of the vandalism, the vehicle was completely destroyed and the City incurred a loss of \$20,707.53. However, it is receiving only \$11,000 in compensatory damages. Rather than imposing solidary liability on the members of the group who had jointly participated in this wrongful act, the trial judge identified separate faults within the wrongful act and linked each of them to a portion of the damage done by the

[127] Dans cette affaire, la Ville a donc réussi à identifier sept individus ayant participé à la destruction de l’auto-patrouille. Elle est également parvenue à identifier le responsable de l’incendie. Le résultat de ce saccage est que l’auto-patrouille est entièrement détruite et que la Ville a subi une perte de 20 707,53 \$. Elle ne reçoit toutefois que 11 000 \$ en dommages-intérêts compensatoires. En effet, au lieu de condamner solidairement les membres du groupe ayant participé à ce fait collectif fautif, le juge de première instance a identifié des fautes distinctes à l’intérieur du fait collectif fautif, et il les a reliées à

group. In the case of the respondent who had set fire to the patrol car, the judge noted that the vehicle was already in bad shape by the time it was set on fire, as it had been completely wrecked. He accordingly assessed the damage at \$4,000.

[128] When all is said and done, it is the innocent victim that is left with a loss of \$9,707.53 for which it has not been compensated. This is precisely the type of injustice that art. 1480 *C.C.Q.* is intended to remedy. On this point, allow me to reiterate that, as my colleague points out, the legislature's intention was to "ensur[e] that the victim does not bear the consequences of evidentiary difficulties that can be attributed to the situation in which he or she has been placed by the persons who committed the faults" (para. 31).

[129] Before concluding on this question, I wish to add one thing: under the *Civil Code of Lower Canada*, a court could find a defendant jointly and severally liable even if it was possible to identify separate faults within a collective fault and to link them to portions of the damage done by the group. This is still true today. In the instant cases, therefore, the trial judge should have found the defendants solidarily liable even though it was possible, in some of the cases, to link individual faults to portions of the damage. That does not bar such a finding given that the persons in question had jointly taken part in a wrongful act that resulted in injury. Once a finding of solidarity has been made, art. 1478 *C.C.Q.* requires that the seriousness of the faults committed by the defendants who have been found solidarily liable be assessed in order to apportion liability among them:¹³

1478. Where an injury has been caused by several persons, liability is shared by them in proportion to the seriousness of the fault of each.¹⁴

...

¹³ Baudouin, Deslauriers and Moore, at No. 1-721.

¹⁴ It should be noted that art. 328 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, provides: "A judgment rendered against a party must be capable of being executed. A judgment awarding damages must liquidate the damages; a judgment finding persons solidarily liable for injury must, if the evidence permits, determine the share of each of those persons in the award as between them only."

une fraction du dommage causé par le groupe. Pour ce qui est de l'intimé qui a incendié le véhicule, le juge a souligné que l'auto-patrouille était déjà dans un piteux état au moment de l'incendie, puisqu'elle avait été complètement saccagée. Il a donc évalué le dommage à 4 000 \$.

[128] En définitive, c'est la victime innocente qui se retrouve avec une perte non compensée de 9 707,53 \$. Il s'agit là précisément du type d'injustice que l'art. 1480 *C.c.Q.* cherche à corriger. À cet égard, rappelons encore une fois que, comme l'a souligné mon collègue, l'intention du législateur est de « s'assurer[r] que la victime ne subi[sse] pas les conséquences de difficultés de preuve imputables à la situation dans laquelle les auteurs des fautes l'ont placée » (par. 31).

[129] Avant de conclure sur cette question, je désire ajouter ceci : sous le régime du *Code civil du Bas-Canada*, un tribunal pouvait conclure à la solidarité, même dans les cas où il était possible d'identifier des fautes distinctes au sein d'une faute collective et de les relier à une fraction du dommage causé par le groupe. C'est toujours le cas aujourd'hui. En l'espèce, le juge de première instance aurait donc dû condamner solidairement les défendeurs même si, dans certains cas, des fautes individuelles pouvaient être liées à une fraction du dommage. Cela n'empêche pas une condamnation solidaire lorsque ces personnes ont participé à un fait collectif fautif ayant entraîné un préjudice. Une fois la solidarité établie, l'art. 1478 *C.c.Q.* commande d'évaluer la gravité des fautes commises par les défendeurs tenus solidairement responsables afin de partager la responsabilité entre eux¹³ :

1478. Lorsque le préjudice est causé par plusieurs personnes, la responsabilité se partage entre elles en proportion de la gravité de leur faute respective¹⁴.

...

¹³ Baudouin, Deslauriers et Moore, n° 1-721.

¹⁴ Il est à noter que l'art. 328 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, prévoit ce qui suit : « Le jugement qui porte condamnation doit être susceptible d'exécution. Ainsi, la condamnation à des dommages-intérêts en contient la liquidation et la condamnation solidaire contre les auteurs d'un préjudice détermine, pour valoir entre eux seulement, la part de chacun dans la condamnation si la preuve permet de l'établir. »

This means that the identification of individual faults and the determination of their nature and seriousness are relevant only to the apportionment of liability among the persons who jointly took part in the wrongful act and do not affect the question whether those persons are solidarily liable to the victim.

[130] I accordingly conclude that art. 1480 *C.C.Q.* applies in these cases. In my view, this interpretation is consistent with the wording of the article, with the legislature's intention to codify the earlier case law and with the scheme and object of the legislation (*Canada (Attorney General) v. Thouin*, 2017 SCC 46, [2017] 2 S.C.R. 184, at para. 26, quoting *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, in turn quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87).

B. *Article 1526 C.C.Q.*

[131] In my opinion, the legislature did not intend to make the application of art. 1480 *C.C.Q.* subject to the requirement that it be impossible to determine the identity of the person who caused the injury. But even if that were the case, the requirement in question would not affect the outcome of this appeal.

[132] My colleague states that in such a case, it is on art. 1526 *C.C.Q.* that a plaintiff would have to rely in order to have persons who have jointly taken part in a wrongful act — a situation the courts formerly characterized as a “common venture” — found solidarily liable. Therefore, even if I accepted Gascon J.'s interpretation of art. 1480 *C.C.Q.*, I would still conclude that the respondents must be found solidarily liable under art. 1526 *C.C.Q.* for the whole of the damage done to a given patrol car:

1526. The obligation to make reparation for injury caused to another through the fault of two or more persons is solidary where the obligation is extra-contractual.

[133] Under this article, two or more persons who have through their fault caused a single injury have a solidary obligation to make reparation for that

L'identification de fautes individuelles et la détermination de leur nature et gravité ne sont donc pertinentes que pour partager la responsabilité entre les personnes qui ont participé au fait collectif fautif et n'ont pas d'impact quant à leur responsabilité solidaire vis-à-vis la victime.

[130] Je conclus donc que l'art. 1480 *C.c.Q.* s'applique en l'espèce. Selon moi, cette interprétation est compatible avec le libellé de l'article, l'intention du législateur de codifier la jurisprudence antérieure ainsi que l'esprit et l'objet de la loi (*Canada (Procureur général) c. Thouin*, 2017 CSC 46, [2017] 2 R.C.S. 184, par. 26, citant *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, qui cite E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87).

B. *L'article 1526 C.c.Q.*

[131] À mon avis, le législateur n'avait pas l'intention d'exiger qu'il soit impossible de déterminer l'identité de la personne qui a causé le préjudice pour que l'art. 1480 *C.c.Q.* s'applique. Toutefois, même si c'était le cas, cette exigence n'aurait aucun impact sur l'issue du présent pourvoi.

[132] Selon mon collègue, dans une telle éventualité, ce serait en invoquant l'art. 1526 *C.c.Q.* qu'un demandeur obtiendrait la condamnation solidaire des auteurs d'un fait collectif fautif, situation que la jurisprudence antérieure qualifiait d'« aventure commune ». Ainsi, même en acceptant l'interprétation que donne le juge Gascon de l'art. 1480 *C.c.Q.*, j'arriverais tout de même à la conclusion que les intimés doivent, par l'effet de l'art. 1526 *C.c.Q.*, être tenus solidairement responsables de l'entière des dommages causés à une même auto-patrouille :

1526. L'obligation de réparer le préjudice causé à autrui par la faute de deux personnes ou plus est solidaire, lorsque cette obligation est extracontractuelle.

[133] Suivant cette disposition, lorsque plusieurs personnes fautives ont causé un préjudice unique, ces personnes ont solidairement l'obligation de réparer

injury.¹⁵ In the instant cases, the trial judge found that the respondents had committed separate faults and that those faults could not be linked to a single injury. In my view, that finding flowed directly from the error of law he made in defining joint participation in a wrongful act.

[134] Because the trial judge concluded that the respondents had not jointly taken part in a wrongful act, he was unable to establish a causal connection with the injury suffered by the City, that is, the total loss of the patrol car in question. He instead found that there were a number of individual faults, each of which had caused a portion of the damage. Unlike him, I find that the respondents committed a common fault that resulted in the total loss of each vehicle. In light of my discussion in the preceding sections, it was the wrongful act in which the respondents jointly took part that was the direct cause of the destruction of each of the vehicles, and it therefore stands to reason that the respondents are solidarily liable under art. 1526 *C.C.Q.*

[135] Furthermore, the trial judge's analysis regarding the application of art. 1526 *C.C.Q.* leads to inconsistent outcomes that cannot be ignored. For example, in case number 2014 QCCQ 4923, which is not at issue in this appeal, he found the two defendants Gauchier and Casimir — cousins who had thrown things at patrol cars 44-3 and 30-5 and shattered the cars' windows — solidarily liable under art. 1526 *C.C.Q.* He concluded that, [TRANSLATION] “[b]ecause this was a single fault committed by two people in relation to two vehicles, the defendants are solidarily liable” (para. 61 (CanLII)).

[136] In a second, very similar case (2014 QCCQ 4916), which is at issue in this appeal, the two defendants in question were roommates who had gone downtown together. The trial judge found that Mr. Côté Béliveau had [TRANSLATION] “thr[own] rocks at the vehicle, breaking the front and rear

ce préjudice¹⁵. En l'espèce, le juge de première instance a conclu que les intimés avaient commis des fautes distinctes et que ces fautes ne pouvaient être rattachées à un préjudice unique. Or, à mon avis, cette conclusion découle directement de l'erreur de droit qu'a commise le juge de première instance en définissant le fait collectif fautif.

[134] Comme le juge de première instance a conclu qu'il n'existait aucun fait collectif fautif, il n'a pu établir de lien de causalité avec le préjudice subi par la Ville, soit la perte totale de l'auto-patrouille concernée. Il a plutôt jugé qu'il y avait eu plusieurs fautes individuelles, chacune ayant causé une fraction du dommage. Contrairement à lui, j'estime que les intimés ont commis une faute commune qui a entraîné la perte totale de chaque véhicule. En effet, suivant l'analyse que j'ai exposée aux sections précédentes, c'est le fait collectif fautif des intimés qui a directement causé la destruction des différents véhicules et il va donc de soi que les intimés sont solidairement responsables sur la base de l'art. 1526 *C.c.Q.*

[135] Par ailleurs, l'analyse réalisée par le juge de première instance pour l'application de l'art. 1526 *C.c.Q.* mène à des résultats contradictoires qu'on ne peut ignorer. À titre d'exemple, dans le dossier 2014 QCCQ 4923, lequel n'est pas visé par le présent pourvoi, le juge a condamné solidairement les deux défendeurs Gauchier et Casimir en vertu de l'art. 1526 *C.c.Q.*, en l'occurrence deux cousins qui ont lancé des objets sur les autos-patrouilles 44-3 et 30-5 et fracassé les vitres de ces véhicules. Il a conclu ainsi : « Puisqu'il s'agit de la même faute commise sur deux véhicules par deux auteurs, les défendeurs sont donc solidairement responsables » (par. 61 (CanLII)).

[136] Dans un second dossier tout à fait similaire (2014 QCCQ 4916), lequel est visé par le présent pourvoi, les deux défendeurs en cause sont des colocataires qui se rendaient ensemble au centre-ville. Le juge de première instance conclut que M. Côté Béliveau « jette des pierres sur le véhicule,

¹⁵ Baudouin, Deslauriers and Moore, at Nos. 1-720 to 1-722; D. Lluellas and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at No. 2578.

¹⁵ Baudouin, Deslauriers et Moore, nos 1-720 à 1-722; D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations* (2^e éd. 2012), n^o 2578.

windows” and “tried, with the help of other rioters, to tear off the front passenger-side door of [the] vehicle” (para. 56 (CanLII) (emphasis added)). Mr. Côté Béliveau filed neither a defence nor an estimate of the damage he had allegedly caused. The trial judge therefore awarded \$2,500 in damages. Mr. Hunter had also taken part in the destruction of the vehicle at the same time. He admitted in particular to throwing a rock that had broken the vehicle’s rear window — for which Mr. Côté Béliveau was also found liable. He also admitted that he had “tried to tear off the front (passenger-side) door of the police vehicle” (para. 58) — again damage for which Mr. Côté Béliveau was also found liable. The trial judge found that the value of the rear window was \$300, but that Mr. Hunter’s liability was limited to 50 percent of that amount on the basis that he “was not the only one to throw things at the windows” (para. 61). As for the door and the other damage that had been done, the trial judge simply awarded an amount without evidence as to the cost of the damage.

[137] According to my colleague, the case of defendants Côté Béliveau and Hunter must be distinguished from that of defendants Gauchier and Casimir (2014 QCCQ 4923) on the basis that, in his opinion, it was possible in the case of Mr. Hunter and Mr. Côté Béliveau to determine exactly what damage had been caused by each of the defendants (para. 75). Unlike my colleague, however, I do not believe that in finding that Mr. Hunter was liable to the extent of 50 percent of the value of the windows he broke, the trial judge identified the precise damage caused by the defendants. In my view, he instead assessed Mr. Hunter’s liability on the basis of the seriousness of the fault the defendant had committed, as he could not determine the exact extent of the damage. It is impossible to establish that a given individual broke exactly 50 percent of a window. The victim ultimately finds itself with a broken window that must be replaced. That is a single injury in which a number of individuals took part, and those individuals must therefore be found solidarily liable. The same is true where the front (passenger-side) door of the patrol car is concerned. In the end, the patrol car was completely destroyed. That, too, is a single

cassant les vitres avant et arrière » et « tente d’arracher avec l’aide d’autres manifestants la portière avant, côté passager du véhicule » (par. 56 (CanLII) (je souligne)). Ce dernier ne produit aucune défense ni estimation des dommages qu’il aurait causés. Le juge de première instance les arbitre donc à 2 500 \$. Au même moment, M. Hunter participait également au saccage du véhicule. Il admet avoir lancé une pierre cassant notamment la vitre arrière du véhicule — pour laquelle M. Côté Béliveau a lui aussi été trouvé responsable. Il admet également avoir « tenté d’arracher la portière avant (côté passager) du véhicule de police » (par. 58) — encore une fois un dommage pour lequel M. Côté Béliveau a aussi été trouvé responsable. Or, le juge de première instance conclut que la valeur de la vitre arrière est de 300 \$ mais que M. Hunter n’est responsable qu’à 50 pour 100 puisqu’il « n’a pas été le seul à lanc[er] des objets dans les vitres » (par. 61). En ce qui a trait à la portière et aux autres dommages causés, le juge de première instance en arbitre tout simplement le montant sans avoir de preuve quant à la quotité de ces dommages.

[137] Mon collègue affirme que l’on doit distinguer le dossier des défendeurs Côté Béliveau et Hunter de celui des défendeurs Gauchier et Casimir (2014 QCCQ 4923), puisque selon lui, dans le dossier de M. Hunter et M. Côté Béliveau, il est possible d’identifier le dommage précis causé par chacun des défendeurs (par. 75). Or, contrairement à mon collègue, je ne crois pas que le juge de première instance, en concluant que M. Hunter était responsable à hauteur de 50 pour 100 de la valeur des fenêtres qu’il a brisées, a identifié le dommage précis causé par les défendeurs. À mon avis, il a plutôt arbitré la responsabilité de M. Hunter en fonction de la gravité de la faute commise, puisqu’il ne pouvait établir précisément le dommage. En effet, on ne peut établir précisément qu’un individu a fracassé 50 pour 100 d’une fenêtre. Au final, la victime se retrouve avec une fenêtre fracassée qui doit être remplacée. Il s’agit là d’un préjudice unique auquel plusieurs personnes ont participé et celles-ci doivent donc être condamnées solidairement. Il en va de même de la portière avant (côté passager) de l’auto-patrouille. Ultimement, l’auto-patrouille a été entièrement détruite. Il s’agit, là aussi, d’un préjudice unique pour

injury for which the defendants should be found solidarily liable.

[138] Finally, I would also note with respect to the case of the defendants Côté Béliveau and Hunter that it cannot be said, as my colleague does, that “[w]ith a few exceptions, which the judge rightly dealt with differently, the respondents did not know and were never in contact with one another, and their acts were committed at different times during the riot without the knowledge of the other respondents” (para. 68). The evidence unquestionably shows the opposite to be true, yet the trial judge did not *deal with their situation differently*.

IV. Conclusion

[139] I conclude that the respondents who damaged a given patrol car during the riot jointly took part in a wrongful act and must be held solidarily liable for the whole of the damage done to the vehicle in question. In my view, they should be found solidarily liable under art. 1480 *C.C.Q.* or, alternatively, for the same reasons, under art. 1526 *C.C.Q.* I would therefore allow the appeal.

Appeal dismissed with costs, CÔTÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Gagnier Guay Biron, Montréal.

Solicitors for the respondents Davide Lonardi, Jonathan Franco and Maxime Favreau Courtemanche: Avocats Laval, Laval.

Solicitor for the respondent Jean-François Hunter: Aide juridique de Montréal, Montréal.

Solicitors for the respondent Jean-Philippe Forest Munguia: De Minico Petit Guarnieri, Montréal.

Solicitors for the respondent Éric Primeau: Louise Desautels, Montréal.

lequel les défendeurs doivent être tenus solidairement responsables.

[138] Enfin, je note également que, dans le dossier des défendeurs Côté Béliveau et Hunter, on ne saurait affirmer, comme le fait mon collègue, que « [s]auf rares exceptions, que le juge a à juste titre traitées différemment, les intimés ne se connaissaient pas, n’ont jamais été en communication et ont agi à des moments différents au cours de l’émeute, sans que les autres intimés en aient connaissance » (par. 68). La preuve démontre sans contredit le contraire. Le juge de première instance n’a pourtant pas *traité leur situation différemment*.

IV. Conclusion

[139] J’arrive à la conclusion que les intimés qui ont endommagé une même auto-patrouille dans le cours de l’émeute ont participé à un fait collectif fautif et doivent être tenus solidairement responsables de l’ensemble des dommages causés à ce véhicule. Je suis d’avis que leur responsabilité solidaire doit être retenue en vertu de l’art. 1480 *C.c.Q.* ou subsidiairement, pour les mêmes raisons, en vertu de l’art. 1526 *C.c.Q.* J’accueillerais donc le pourvoi.

Pourvoi rejeté avec dépens, la juge CÔTÉ est dissidente.

Procureurs de l’appelante : Gagnier Guay Biron, Montréal.

Procureurs des intimés Davide Lonardi, Jonathan Franco et Maxime Favreau Courtemanche : Avocats Laval, Laval.

Procureur de l’intimé Jean-François Hunter : Aide juridique de Montréal, Montréal.

Procureurs de l’intimé Jean-Philippe Forest Munguia : De Minico Petit Guarnieri, Montréal.

Procureurs de l’intimé Éric Primeau : Louise Desautels, Montréal.

Jeffrey G. Ewert *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Canada (the Commissioner of the Correctional Service of Canada, the Warden of Kent Institution and the Warden of Mission Institution) *Respondent*

and

Native Women’s Association of Canada, Canadian Association of Elizabeth Fry Societies, Mental Health Legal Committee, West Coast Prison Justice Society, Prisoners’ Legal Services, Canadian Human Rights Commission, Aboriginal Legal Services, Criminal Lawyers’ Association (Ontario), British Columbia Civil Liberties Association and Union of British Columbia Indian Chiefs *Interveners*

INDEXED AS: EWERT v. CANADA

2018 SCC 30

File No.: 37233.

2017: October 12; 2018: June 13.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Prisons — Inmates — Indigenous offenders — Accuracy of information about offenders — Federal correctional authorities relying on psychological and actuarial assessment tools to make decisions regarding inmates in their custody — Métis inmate challenging reliance on these tools on ground that their validity when applied to Indigenous offenders has not been established through empirical research — Whether correctional authorities breached their statutory obligation to ensure that information about offenders is accurate by using these tools in respect of Indigenous offenders — If so, whether it

Jeffrey G. Ewert *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada (le commissaire du Service correctionnel du Canada, le directeur de l’Établissement Kent et le directeur de l’Établissement de Mission) *Intimée*

et

Association des femmes autochtones du Canada, Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry, Mental Health Legal Committee, West Coast Prison Justice Society, Prisoners’ Legal Services, Commission canadienne des droits de la personne, Aboriginal Legal Services, Criminal Lawyers’ Association (Ontario), British Columbia Civil Liberties Association et Union des Chefs indiens de la Colombie-Britannique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : EWERT c. CANADA

2018 CSC 30

N° du greffe : 37233.

2017 : 12 octobre; 2018 : 13 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Droit carcéral — Détenus — Délinquants autochtones — Exactitude des renseignements concernant les délinquants — Recours par les autorités correctionnelles fédérales à des outils d’évaluation psychologique et actuarielle pour prendre des décisions à l’égard des détenus dont elles ont la garde — Détenu métis contestant le recours à ces outils au motif que leur validité à l’endroit des délinquants autochtones n’a pas été établie par des recherches empiriques — Les autorités correctionnelles ont-elles manqué à leur obligation légale de veiller à l’exactitude des renseignements concernant les délinquants en utilisant ces

is appropriate to issue declaration that obligation was breached — *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, s. 24(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Principles of fundamental justice — Right to equality — Whether use of psychological and actuarial assessment tools to make decisions about Indigenous offender breached his rights to liberty, security of the person and equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15.

E, who identifies as Métis, is currently serving two concurrent life sentences. He has spent over 30 years in federal custody, in medium and maximum security settings. E challenged the use of five psychological and actuarial risk assessment tools used by the Correctional Service of Canada (“CSC”) to assess an offender’s psychopathy and risk of recidivism, on the basis that they were developed and tested on predominantly non-Indigenous populations and that no research confirmed that they were valid when applied to Indigenous persons. He claimed, therefore, that reliance on these tools in respect of Indigenous offenders breached s. 24(1) of the *Corrections and Conditional Release Act* (“CCRA”), which requires the CSC to “take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate, up to date and complete as possible”, as well as ss. 7 and 15 of the *Charter*. The trial judge agreed that, by relying on these tools despite long-standing concerns about their application to Indigenous offenders, the CSC breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA* and infringed E’s rights under s. 7 of the *Charter*. The Federal Court of Appeal overturned both of these findings.

Held (Côté and Rowe JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part. The CSC breached its obligation set out in s. 24(1) of the *CCRA*.

Per McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ.: In continuing to rely on the impugned tools without ensuring that they are valid when applied to Indigenous offenders, the CSC breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA* to take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate as possible. However, the CSC’s reliance on the results generated by the impugned tools

outils à l’endroit des délinquants autochtones? — Dans l’affirmative, est-il indiqué de rendre un jugement déclaratoire portant qu’il y a eu manquement à cette obligation? — Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, c. 20, art. 24(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Principes de justice fondamentale — Droit à l’égalité — L’utilisation d’outils d’évaluation psychologique et actuarielle pour prendre des décisions à propos d’un délinquant autochtone a-t-elle porté atteinte à ses droits à la liberté, à la sécurité de sa personne et à l’égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15.

E, qui affirme être Métis, purge actuellement deux peines concurrentes d’emprisonnement à perpétuité. Il a passé plus de 30 ans dans des établissements correctionnels fédéraux à sécurité maximale et à sécurité moyenne. E a contesté le recours par le Service correctionnel du Canada (« SCC ») à cinq outils d’évaluation psychologique et actuarielle du risque pour évaluer la psychopathie d’un délinquant et le risque de récidive qu’il présente au motif qu’ils avaient été élaborés et mis à l’épreuve à l’endroit d’une population principalement non autochtone, et qu’aucune recherche ne confirmait qu’ils étaient valides dans le cas des Autochtones. Il a donc soutenu que le recours à ces outils à l’égard de délinquants autochtones enfreignait le par. 24(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (« *LSCMLC* »), qui oblige le SCC à « veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu’il utilise concernant les délinquants soient à jour, exacts et complets », de même que les art. 7 et 15 de la *Charte*. Le juge du procès a convenu qu’en s’appuyant sur ces outils malgré les préoccupations soulevées depuis longtemps au sujet de leur utilisation à l’égard de délinquants autochtones, le SCC avait manqué à l’obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC* et avait porté atteinte aux droits que garantit à E l’art. 7 de la *Charte*. La Cour d’appel fédérale a infirmé ces deux conclusions.

Arrêt (les juges Côté et Rowe sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie. Le SCC a manqué à son obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC*.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown : En continuant de se fier aux outils contestés sans s’assurer de leur validité à l’endroit des délinquants autochtones, le SCC a manqué à l’obligation qui lui incombait suivant le par. 24(1) de la *LSCMLC* de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu’il utilise concernant les délinquants soient exacts. Cependant, l’utilisation

does not constitute an infringement of E's rights under s. 7 or s. 15 of the *Charter*.

The inquiry into whether the CSC met its obligation under s. 24(1) of the *CCRA* gives rise to two main questions. The first is whether results generated by the impugned tools are a type of information to which s. 24(1) applies. Reading the words of s. 24(1) in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme and objects of the *CCRA*, the obligation in s. 24(1) applies to results generated by the impugned tools. In the ordinary sense of the words in s. 24(1), the knowledge derived from the impugned tools by the CSC is information about an offender.

This interpretation is supported by the relevant statutory context. Sections 23 through 27 of the *CCRA* deal with different aspects of the CSC's collection, use and dissemination of different types of information. When they are read together, it is clear that where Parliament intended a particular provision to apply to only certain types of information, it enumerated them or otherwise qualified the scope of the information. This reinforces the conclusion that the obligation in s. 24(1), which applies to any information, was intended to have broad application. The context of these other provisions also confirms that the broad scope of s. 24(1) is not limited by the narrower scope of s. 24(2). Furthermore, the legislative scheme within which the CSC operates and the CSC's practice based on the scheme contemplate that the CSC will use the results generated by the tools in making important decisions about offenders, and CSC policy requires its use in certain circumstances. This favours applying the obligation in s. 24(1) to this information.

In addition, the statutory purpose of the correctional system supports this interpretation. Accurate information about an offender's psychological needs and the risk he or she poses is crucial to achieving the system's purpose of contributing to the maintenance of a just, peaceful and safe society by carrying out sentences through safe and humane custody of inmates and assisting in their rehabilitation and reintegration into the community. Interpreting s. 24(1) as applying to a broad range of information is also consistent with the paramount consideration for the CSC: the protection of society may be undermined if inaccurate tests are applied and risk is underestimated. The nature of

par le SCC des résultats produits par les outils contestés ne constitue pas une atteinte aux droits garantis à E par les art. 7 ou 15 de la *Charte*.

L'analyse visant à déterminer si le SCC a respecté son obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC* soulève deux questions principales. D'abord, les résultats produits par les outils contestés sont-ils des renseignements du type de ceux auxquels s'applique le par. 24(1)? Si on lit les termes du par. 24(1) dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et les objets de la *LSCMLC*, l'obligation prévue au par. 24(1) s'applique aux résultats générés par les outils contestés. Selon le sens ordinaire des mots du par. 24(1), les connaissances que le SCC tire des outils contestés sont des « renseignements » concernant un délinquant.

Cette interprétation est étayée par le contexte législatif pertinent. Les articles 23 à 27 de la *LSCMLC* portent sur différents aspects de la collecte, de l'utilisation et de la diffusion de divers types de renseignements par le SCC. Lorsqu'on lit ensemble les art. 23 à 27, on voit clairement que, lorsque le législateur a voulu qu'une disposition s'applique seulement à certains renseignements, il les a énumérés ou a autrement restreint la portée des renseignements en question. Cela renforce la conclusion selon laquelle il entendait que l'obligation prévue au par. 24(1) — qui s'applique aux renseignements (*any information*) — soit d'application large. Le contexte de ces autres dispositions confirme lui aussi que la portée générale du par. 24(1) n'est pas restreinte par la portée plus restrictive du par. 24(2). De plus, le régime législatif dans le cadre duquel œuvre le SCC et la pratique appliquée par le SCC sur son fondement envisagent que le SCC utilisera les résultats produits par les outils contestés pour prendre des décisions importantes concernant les délinquants et la politique du SCC exige le recours à ces renseignements dans certaines circonstances. Cela joue en faveur de leur assujettissement à l'obligation prévue au par. 24(1).

En outre, l'objectif de la loi relatif au système correctionnel appuie cette interprétation. Les renseignements exacts sur les besoins psychologiques d'un délinquant et le risque qu'il présente sont cruciaux pour atteindre l'objet du système de contribuer au maintien d'une société juste, vivant en paix et en sécurité, d'une part, en assurant l'exécution des peines par des mesures de garde sécuritaires et humaines, et d'autre part, en aidant à la réadaptation des détenus et à leur réinsertion sociale. Interpréter le par. 24(1) comme s'appliquant à un vaste éventail de renseignements s'accorde également avec le critère prépondérant appliqué par le SCC : la protection

the information derived from the impugned tools provides further support for this interpretation: these tools are considered useful because the information from them can be scientifically validated; therefore, it should be accurate. As a result, the CSC's statutory obligation at s. 24(1) applies to results generated by the impugned assessment tools.

The second question to be addressed is whether the CSC breached its obligation, and more specifically, whether it failed to take all reasonable steps to ensure that the impugned tools produce accurate information when applied to Indigenous persons. Section 24(1) requires that the CSC take all reasonable steps to ensure the accuracy of information about an offender that it uses, not all possible steps. What constitutes all reasonable steps will vary with the context. In this case, the trial judge's conclusion that the CSC failed to take the reasonable steps required is amply supported by the record. The CSC had long been aware of concerns regarding the possibility of these tools exhibiting cultural bias yet took no action to confirm their validity and continued to use them in respect of Indigenous offenders, despite the fact that research would have been feasible. In doing so, the CSC did not meet the legislated standard set out in s. 24(1). This conclusion is supported by the interpretation and application of the guiding principle set out in s. 4(g) of the *CCRA*. This principle requires that correctional policies, programs and practices must respect gender, ethnic, cultural and linguistic differences and must be responsive to the special needs of equity-seeking groups, and in particular Indigenous persons. Section 4(g) represents an acknowledgement of the systemic discrimination faced by Indigenous persons in the Canadian correctional system. It is evident from the grammatical and ordinary sense of the words of s. 4(g) and the legislative history of the *CCRA* that s. 4(g) should be understood as a direction from Parliament to the CSC to advance substantive equality in correctional outcomes for Indigenous offenders. It is critical that the CSC give this direction meaningful effect. In the context of the present case, this means, at a minimum, addressing the long-standing, and credible, concern that continuing to use the impugned tools in evaluating Indigenous inmates perpetuates discrimination and disparity in correctional outcomes between Indigenous and non-Indigenous offenders. The CSC must ensure that its policies and programs are appropriate for Indigenous offenders and responsive to their needs and circumstances. For the correctional system to operate fairly and effectively, the assumption that all

de la société peut être compromise si des résultats de test inexacts sont utilisés, et les risques, sous-estimés. La nature des renseignements tirés des outils contestés renforce encore plus cette interprétation : les outils en question sont jugés utiles parce que les renseignements qu'ils produisent peuvent être scientifiquement validés; ces renseignements devraient donc être exacts. En conséquence, l'obligation qu'impose le par. 24(1) au SCC s'applique aux résultats générés par les outils d'évaluation contestés.

La seconde question à trancher est de savoir si le SCC a manqué à son obligation et, plus précisément, s'il a omis de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les outils contestés produisent des renseignements exacts lorsqu'ils sont utilisés à l'égard d'Autochtones. Le paragraphe 24(1) exige que le SCC veille, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu'il utilise concernant les délinquants soient exacts, et non qu'il prenne toutes les mesures possibles. Ce en quoi consiste la mesure du possible varie selon le contexte. En l'espèce, le dossier étaye amplement la conclusion du juge du procès selon laquelle le SCC n'a pas pris les mesures raisonnables qui s'imposaient. Le SCC savait depuis longtemps qu'on se préoccupait de la possibilité que ces outils soient empreints d'un préjugé culturel, mais il n'a rien fait pour confirmer leur validité et a continué à les utiliser à l'égard des délinquants autochtones, et ce, même si des recherches auraient pu être menées. En agissant ainsi, le SCC n'a pas respecté l'obligation légale énoncée au par. 24(1). Cette conclusion est étayée par l'interprétation et l'application du principe de fonctionnement énoncé à l'al. 4g) de la *LSCMLC*. Ce principe exige que les directives d'orientation générale, programmes et pratiques respectent les différences ethniques, culturelles et linguistiques, ainsi qu'entre les sexes, et tiennent compte des besoins propres aux groupes en quête d'équité, et en particulier de ceux des Autochtones. Le législateur reconnaît à l'al. 4g) la discrimination systémique vécue par les Autochtones au sein du système correctionnel canadien. Il ressort du sens grammatical et ordinaire des mots de l'al. 4g) et de l'historique législatif de la *LSCMLC* que cet alinéa doit être considéré comme une directive du législateur au SCC de progresser vers l'égalité réelle des résultats correctionnels en ce qui concerne les délinquants autochtones. Il est essentiel que le SCC donne véritablement effet à cette directive. Dans le contexte de la présente affaire, cela veut dire que le SCC doit au moins essayer de répondre aux inquiétudes valables et de longue date selon lesquelles la poursuite de l'utilisation des évaluations du risque contestées à l'égard des détenus autochtones perpétue la discrimination et contribue à la disparité des résultats correctionnels

offenders can be treated fairly by being treated the same way must be abandoned. The CSC's inaction with respect to the concerns raised about the impugned tools fell short of what s. 24(1) required it to do.

In the circumstances of this case, it is appropriate to issue a declaration that the CSC has failed to meet its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*. A court may, in its discretion, grant a declaration where it has jurisdiction to hear the issue, where the dispute is real and not theoretical, where the party raising the issue has a genuine interest in its resolution, and where the respondent has an interest in opposing the declaration sought. These criteria are met. Although a declaration is an exceptional and discretionary remedy which should normally be declined where there exists an adequate alternative statutory mechanism to resolve the dispute or to protect the rights in question, the statutory grievance mechanism that may be available to E has not been effective and he should not be required to begin the grievance process anew.

E has not established an infringement of his rights under s. 7 of the *Charter*. To establish that the CSC's reliance on the impugned tools violated the principle of fundamental justice against arbitrariness or that against overbreadth, E had to show on a balance of probabilities that the CSC's practice of using the impugned tools with respect to Indigenous offenders had no rational connection to the government objective. He has not done so: there was no evidence before the trial judge that how the impugned tools operate in the case of Indigenous offenders is likely to be so different from how they operate in the case of non-Indigenous offenders that their use in respect of the former is completely unrelated to the government objective. E also failed to meet his onus of establishing that a new principle of fundamental justice — that the state must obey the law — should be found to exist. Similarly, E has not established the infringement of his rights under s. 15 of the *Charter* that he alleged. The trial judge could not have found, on the evidence before him, that the impugned tools overestimate the risk posed by Indigenous inmates or lead to harsher conditions of incarceration or to the denial of rehabilitative opportunities

entre les délinquants autochtones et les délinquants non autochtones. Le SCC doit veiller à ce que ses directives d'orientation générale et programmes soient appropriés pour les délinquants autochtones et adaptés à leurs besoins et à leur situation. Pour que le système correctionnel fonctionne de manière équitable et efficace, il faut cesser de présumer que tous les délinquants peuvent être traités équitablement en étant traités de la même façon. Le SCC a manqué à son obligation aux termes du par. 24(1), vu son inaction quant aux préoccupations soulevées à propos des outils contestés.

Dans les circonstances de l'espèce, il est opportun de prononcer un jugement déclaratoire selon lequel le SCC a failli à son obligation aux termes du par. 24(1) de la *LSCMLC*. Un tribunal peut, à son gré, prononcer un jugement déclaratoire lorsqu'il a compétence pour entendre le litige, lorsque la question en cause est réelle et non pas simplement théorique, lorsque la partie qui soulève la question a véritablement intérêt à ce qu'elle soit résolue et lorsque l'intimé a intérêt à s'opposer au jugement déclaratoire sollicité. Ces conditions sont réunies. Bien que le jugement déclaratoire soit une réparation exceptionnelle et discrétionnaire qui devrait habituellement être refusée lorsque la loi prévoit un autre moyen approprié de régler le conflit ou de protéger les droits en question, le mécanisme de règlement de griefs prévu par la loi dont peut se prévaloir E ne s'est pas avéré efficace et ce dernier ne devrait pas être tenu de recommencer le processus de règlement de griefs.

E n'a pas établi une atteinte aux droits que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*. Pour établir que le recours par le SCC aux outils contestés violait le principe de justice fondamentale interdisant l'arbitraire ou celui interdisant la portée excessive, E devait démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la pratique du SCC consistant à utiliser les outils contestés à l'égard des délinquants autochtones n'avait aucun lien rationnel avec l'objectif du gouvernement. Il ne l'a pas fait : le juge du procès ne disposait d'aucune preuve démontrant en quoi le fonctionnement des outils contestés à l'égard des délinquants autochtones peut être si différent de leur fonctionnement à l'égard de délinquants non autochtones que leur utilisation dans le cas des délinquants autochtones n'a rien à voir avec l'objectif du gouvernement. E ne s'est pas non plus acquitté de son fardeau d'établir que l'on devrait conclure à l'existence d'un nouveau principe de justice fondamentale : l'État doit respecter la loi. De même, E n'a pas démontré l'atteinte reprochée aux droits que lui garantit l'art. 15 de la *Charte*. Le juge du procès n'aurait pas pu conclure, au vu de la preuve dont il disposait, que les outils contestés surestiment effectivement le risque posé

because of such an overestimation. His conclusion should not be disturbed.

Per Côté and Rowe JJ. (dissenting in part): There is agreement with the majority with respect to E's ss. 7 and 15 *Charter* claims. However, there is disagreement that s. 24(1) of the *CCRA* imposes an obligation on the CSC to conduct research as to the validity of the impugned tools. Although it is important to address Indigenous overrepresentation in prison, and there is concern with the CSC's inaction with respect to the issue raised by E, it was not Parliament's intent to hold the CSC to account on this issue pursuant to s. 24(1). The scope of the obligation in s. 24(1), as applied to the impugned tools, simply requires that the CSC maintain accurate records of the inmates' test scores. Interpreted in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme and the object of the *CCRA* and the intention of Parliament, the words of s. 24(1) refer to biographical or factual information about an offender, such as age, criminal record, behaviour in prison, or courses taken with a view to rehabilitation, that should be accurate, up to date, and complete. The scheme that is set out in ss. 23 and 24 is straightforward: s. 23 lists information that is to be recorded, s. 24(1) requires the CSC to record this information accurately and to keep it up to date, and s. 24(2) provides a means for an inmate to correct errors or deficiencies. The *CCRA*'s goals of managing the custody of offenders, assisting in their rehabilitation and reintegration, and protecting society require good decision-making based on accurate information. Section 24 relates to the accuracy of information, thus it serves an important function. However, that function does not include verifying the validity of the impugned tools. Rather, the scheme reflects Parliament's intent to provide offenders with a specific remedy to make sure that the CSC's duty to maintain accurate records is met. The word "information" in ss. 24(1) and 24(2), consecutive subsections of the same provision, should be given the same meaning. These provisions are about accurate record-keeping, not about challenging the means that the CSC uses to make its decisions. When an offender's complaint is about the way that a particular decision is made, the *CCRA* provides a means for offenders to file a grievance and if necessary, pursue judicial review.

There is also disagreement with the majority as to the remedy. A declaration should not be granted, even in the

par les détenus autochtones ou mènent à des conditions d'incarcération plus sévères ou à la privation de possibilités de réadaptation en raison d'une telle surévaluation. Sa conclusion ne doit pas être modifiée.

Les juges Côté et Rowe (dissidents en partie) : Il y a accord avec les juges majoritaires en ce qui concerne les demandes de E fondées sur les art. 7 et 15 de la *Charte*. Il y a toutefois désaccord avec l'opinion selon laquelle le par. 24(1) de la *LSCMLC* impose au SCC l'obligation de mener une étude sur la validité des outils contestés. Bien qu'il importe de remédier à la surreprésentation des Autochtones dans les prisons et que l'on se soucie du défaut du SCC de résoudre la question soulevée par E, le législateur ne souhaitait pas obliger le SCC à rendre des comptes sur ce point conformément au par. 24(1). La portée de l'obligation prévue au par. 24(1) en ce qui a trait aux outils contestés exige simplement que le SCC consigne avec exactitude les notes obtenues par les détenus au test. Interprétés dans leur contexte global et suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et l'objet de la *LSCMLC* ainsi que l'intention du législateur, les termes du par. 24(1) renvoient aux renseignements d'ordre biographique ou factuel concernant le délinquant, tels que son âge, ses antécédents criminels, la façon dont il se comporte en prison ou les cours qu'il a suivis en vue de sa réadaptation, qui doivent être à jour, exacts et complets. Le régime établi par les art. 23 et 24 est simple : l'art. 23 dresse la liste des renseignements à consigner, le par. 24(1) exige du SCC qu'il consigne ces renseignements avec exactitude et qu'il les tienne à jour, et le par. 24(2) offre au détenu un moyen de faire corriger les renseignements erronés ou incomplets. L'atteinte des objectifs de la *LSCMLC* de gérer la garde des délinquants, d'aider à leur réadaptation et à leur réinsertion, et de protéger la société passe par un processus décisionnel adéquat qui repose sur des renseignements exacts. Comme l'art. 24 s'attache à l'exactitude des renseignements, il remplit une fonction importante. Or, s'assurer de la validité des outils contestés n'en fait pas partie. Le régime traduit plutôt l'intention du législateur d'offrir aux délinquants un moyen précis de s'assurer que le SCC respecte son obligation de tenue exacte des dossiers. Il convient de donner le même sens au mot « renseignements » aux par. 24(1) et (2), deux paragraphes consécutifs d'un même article. Ces dispositions visent la tenue exacte des dossiers, et non la contestation des moyens pris par le SCC pour prendre ses décisions. Lorsqu'un délinquant se plaint de la façon dont une décision donnée est prise, la *LSCMLC* lui fournit un moyen de déposer un grief et, si nécessaire, de se pourvoir en contrôle judiciaire.

Il y a aussi désaccord avec la majorité quant à la réparation à accorder. Un jugement déclaratoire ne devrait

exceptional circumstances of this case. The proper remedy for breach of statutory duty by a public authority is judicial review for invalidity. Allowing inmates to apply for a declaration would effectively bypass the ordinary process of judicial review and thus fail to accord the deference typically shown to administrative decision makers. This could open the door to undue interference with the discharge of administrative functions in respect of matters delegated to administrative bodies. It is unwise to depart from settled legal principles, even on the facts of this case. The appeal should be dismissed.

Cases Cited

By Wagner J.

Referred to: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *Ewert v. Canada (Attorney General)*, 2008 FCA 285, 382 N.R. 370; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Ewert v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 13, 306 F.T.R. 234.

By Rowe J. (dissenting in part)

R. v. Gladue, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *Ewert v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 13, 306 F.T.R. 234, aff'd 2008 FCA 285, 382 N.R. 370; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378; *Kim v. Canada*, 2017 FC 848; *Tehrankari v. Canada (Correctional Service)* (2000), 38 C.R. (5th) 43; *Charalambous v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 1045, aff'd 2016 FCA 177, 483 N.R. 398; *Tehrankari v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 332; *Greater Vancouver (Regional District) v. British Columbia*, 2011 BCCA 345, 339 D.L.R. (4th) 251; *Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

pas être rendu, même dans les circonstances exceptionnelles de l'espèce. Le recours traditionnellement reconnu lorsqu'une autorité publique manque à son obligation légale est la demande de contrôle judiciaire pour invalidité. Permettre aux détenus de demander un jugement déclaratoire reviendrait dans les faits à contourner le processus ordinaire de contrôle judiciaire et les décideurs administratifs n'auraient pas droit à la déférence qui leur est normalement accordée. Il pourrait s'ensuivre une immixtion injustifiée dans l'exercice de fonctions administratives en certaines matières. Il est imprudent de s'écarter des principes juridiques établis, même au vu des faits de l'espèce. Le pourvoi devrait être rejeté.

Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

Arrêts mentionnés : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Ewert c. Canada (Procureur général)*, 2008 CAF 285; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Ewert c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 13.

Citée par le juge Rowe (dissident en partie)

R. c. Gladue, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *Ewert c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 13, conf. par 2008 CAF 285; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378; *Kim c. Canada*, 2017 CF 848; *Tehrankari c. Canada (Service correctionnel)*, 2000 CanLII 15218; *Charalambous c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 1045, conf. par 2016 CAF 177; *Tehrankari c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 332; *Greater Vancouver (Regional District) c. British Columbia*, 2011 BCCA 345, 339 D.L.R. (4th) 251; *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 3, 3.1, 4, 15.1, 23 to 27, 23, 24, 25(1), 26, 27, 28, 28 to 31, 30, 80 to 84, 90.
Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, ss. 13, 17, 18, 74 to 82.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 718.2(e).
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 17.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 64.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12.

Authors Cited

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated April 2018, release 1).
 Canada. *Commission of Inquiry into Certain Events at the Prison for Women in Kingston*. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 1996.
 Canada. Department of Justice and Solicitor General. *Directions for Reform: A Framework for Sentencing, Corrections and Conditional Release*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1990.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. IV, 3rd Sess., 34th Parl., November 4, 1991, pp. 4430-31.
 Canada. Office of the Auditor General. *2016 Fall Reports of the Auditor General of Canada: Report 3 — Preparing Indigenous Offenders for Release — Correctional Service Canada*. Ottawa, 2016.
 Canada. Office of the Correctional Investigator. *Annual Report 2015-2016*. Ottawa, 2016.
 Canada. Office of the Correctional Investigator. *Spirit Matters: Aboriginal People and the Corrections and Conditional Release Act — Final Report*. Ottawa, 2012.
 Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada*. Ottawa, 1996.
 Canada. Solicitor General. *Towards a Just, Peaceful and Safe Society: The Corrections and Conditional Release Act Five Years Later — Consolidated Report*. Ottawa: Public Works and Government Services of Canada, 1998.
 Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
 Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg, 1991.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 718.2e).
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 12.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, c. 20, art. 3, 3.1, 4, 15.1, 23 à 27, 23, 24, 25(1), 26, 27, 28, 28 à 31, 30, 80 à 84, 90.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 17.
Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 13, 17, 18, 74 à 82.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 64.

Doctrine et autres documents cités

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated April 2018, release 1).
 Canada. Bureau de l'enquêteur correctionnel. *Rapport annuel 2015-2016*, Ottawa, 2016.
 Canada. Bureau de l'enquêteur correctionnel. *Une question de spiritualité : Les Autochtones et la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition — Rapport final*, Ottawa, 2012.
 Canada. Bureau du vérificateur général. *Automne 2016 — Rapports du vérificateur général du Canada : Rapport 3 — La préparation des détenus autochtones à la mise en liberté — Service correctionnel Canada*, Ottawa, 2016.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 3^e sess., 34^e lég., 4 novembre 1991, p. 4430-4431.
 Canada. *Commission d'enquête sur certains événements survenus à la Prison des femmes de Kingston*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1996.
 Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada*, Ottawa, 1996.
 Canada. Ministère de la justice et Solliciteur général. *Vers une réforme : Un cadre pour la détermination de la peine, les affaires correctionnelles et la mise en liberté sous condition*. Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1990.
 Canada. Solliciteur général. *Pour une société juste, paisible et sûre : La Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition cinq ans plus tard — Rapport global*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1998.
 Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed., Toronto, Carswell, 2011.

Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2016.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Dawson and Webb J.J.A.), 2016 FCA 203, 487 N.R. 107, 363 C.R.R. (2d) 120, [2016] F.C.J. No. 853 (QL), 2016 CarswellNat 3417 (WL Can.), setting aside a decision of Phelan J., 2015 FC 1093, 343 C.R.R. (2d) 15, [2016] 1 C.N.L.R. 50, [2015] F.C.J. No. 1123 (QL), 2015 CarswellNat 4551 (WL Can.). Appeal allowed in part, Côté and Rowe J.J. dissenting in part.

Jason B. Gratl and Eric Purtzki, for the appellant.

Anne Turley and Banafsheh Sokhansanj, for the respondent.

Pam MacEachern and Virginia Lomax, for the interveners the Native Women's Association of Canada and the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies.

Mercedes Perez and Karen A. Steward, for the intervener the Mental Health Legal Committee.

Avnish Nanda, for the interveners the West Coast Prison Justice Society and the Prisoners' Legal Services.

Fiona Keith and Sasha Hart, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

Emily Hill and Jessica Wolfe, for the intervener the Aboriginal Legal Services.

Anita Szigeti, Jill R. Presser, Andrew Menchynski and Breana Vandebek, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Paul Champ and Christine Johnson, for the interveners the British Columbia Civil Liberties

Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*, Winnipeg, 1991.

Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2016.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Nadon, Dawson et Webb), 2016 CAF 203, 487 N.R. 107, 363 C.R.R. (2d) 120, [2016] A.C.F. n° 853 (QL), 2016 CarswellNat 9943 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Phelan, 2015 CF 1093, 343 C.R.R. (2d) 15, [2016] 1 C.N.L.R. 50, [2015] A.C.F. n° 1123 (QL), 2015 CarswellNat 9596 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie, les juges Côté et Rowe sont dissidents en partie.

Jason B. Gratl et Eric Purtzki, pour l'appelant.

Anne Turley et Banafsheh Sokhansanj, pour l'intimée.

Pam MacEachern et Virginia Lomax, pour les intervenantes l'Association des femmes autochtones du Canada et l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry.

Mercedes Perez et Karen A. Steward, pour l'intervenant Mental Health Legal Committee.

Avnish Nanda, pour les intervenants West Coast Prison Justice Society et Prisoners' Legal Services.

Fiona Keith et Sasha Hart, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

Emily Hill et Jessica Wolfe, pour l'intervenant Aboriginal Legal Services.

Anita Szigeti, Jill R. Presser, Andrew Menchynski et Breana Vandebek, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Paul Champ et Christine Johnson, pour les intervenantes British Columbia Civil Liberties

Association and the Union of British Columbia Indian Chiefs.

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

WAGNER J. —

I. Overview

[1] A person who is convicted of a criminal offence and sentenced to imprisonment for two years or longer becomes an inmate of Canada’s federal correctional system. Parliament has directed in s. 3 of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (“CCRA”), that the purpose of the correctional system is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society. This purpose is to be achieved by two means: first, by carrying out sentences through the safe and humane custody of offenders and, second, by assisting in their rehabilitation and their reintegration into the community as law-abiding citizens through the provision of programs in penitentiaries and the community. The Correctional Service of Canada (“CSC”) is the entity charged with ensuring that the purpose of the correctional system is achieved.

[2] In order to fulfill its mandate, the CSC must make numerous decisions about each inmate in its custody. For example, it is required to assign a security classification of maximum, medium or minimum to each inmate, taking into account the risk to public safety posed by the inmate, the inmate’s likelihood of escape, and the inmate’s institutional supervision needs: see *CCRA*, s. 30; *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, s. 18. The CSC must decide in which penitentiary to house each inmate, taking into account factors such as the safety of the inmate, other inmates and the public, and the availability of rehabilitative programs and services: see *CCRA*, s. 28. It develops a correctional plan for each inmate in order to ensure that inmates receive the most effective programs to rehabilitate them and prepare them for reintegration into the community on their release: see *CCRA*, s. 15.1. The CSC also

Association et l’Union des Chefs indiens de la Colombie-Britannique.

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

LE JUGE WAGNER —

I. Aperçu

[1] Quiconque est reconnu coupable d’une infraction criminelle et condamné à une peine d’emprisonnement de deux ans ou plus devient un détenu du système correctionnel fédéral. À l’article 3 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20 (« LSCMLC »), le législateur précise que le système correctionnel vise à contribuer au maintien d’une société juste, vivant en paix et en sécurité. Le système correctionnel doit le faire, d’une part, en assurant l’exécution des peines par des mesures de garde sécuritaires et humaines, et d’autre part, en aidant au moyen de programmes appropriés dans les pénitenciers ou dans la collectivité, à la réadaptation des délinquants et à leur réinsertion sociale à titre de citoyens respectueux des lois. Le Service correctionnel du Canada (« SCC ») est l’organisme chargé de veiller à ce que l’objet du système correctionnel soit atteint.

[2] Pour s’acquitter de son mandat, le SCC doit prendre de nombreuses décisions concernant les détenus dont il a la garde. À titre d’exemple, il doit assigner à chacun d’eux une cote de sécurité selon les catégories dites maximale, moyenne et minimale, en tenant compte de la menace pour la sécurité du public que pose le détenu, du risque d’évasion qu’il présente et du degré de surveillance qu’il requiert (voir *LSCMLC*, art. 30; *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, art. 18). Le SCC doit décider dans quel pénitencier le détenu purgera sa peine, en tenant compte de facteurs tels que sa sécurité, la sécurité des autres détenus et celle du public, ainsi que l’accessibilité à des programmes et services de réadaptation (voir *LSCMLC*, art. 28). Il élabore un plan correctionnel pour chaque détenu afin d’assurer aux détenus les meilleurs programmes dans le but de

decides whether to recommend to the Parole Board of Canada that an inmate be released on parole.

[3] If the CSC is to effectively assist in the rehabilitation of inmates while ensuring the safety of other inmates and staff members and the protection of society as a whole, it must base its decisions about inmates in its custody on sound information. This is explicitly recognized in s. 24(1) of the *CCRA*, which requires the CSC to “take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate, up to date and complete as possible”.

[4] This appeal concerns a challenge by the appellant, Jeffrey G. Ewert, to the CSC’s use of one particular type of information. Mr. Ewert, who is Métis, challenges the CSC’s reliance on certain psychological and actuarial risk assessment tools on the ground that the validity of the tools when applied to Indigenous offenders has not been established through empirical research.

[5] A judge of the Federal Court concluded that, by relying on these tools despite long-standing concerns about their application to Indigenous offenders, the CSC had breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA* and had unjustifiably infringed Mr. Ewert’s rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Federal Court of Appeal overturned both of these findings.

[6] I agree with the Federal Court of Appeal that Mr. Ewert has not established a violation of his *Charter* rights. However, I conclude that the trial judge was correct to find that the CSC had, in continuing to rely on the impugned tools without ensuring that they are valid when applied to Indigenous offenders, breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*. As I will explain, my conclusion in this respect is informed in part by the guiding principle

favoriser leur réadaptation et de les préparer à leur réinsertion sociale (voir *LSCMLC*, art. 15.1). C’est aussi le SCC qui décide s’il convient de recommander à la Commission des libérations conditionnelles du Canada la mise en liberté conditionnelle d’un détenu.

[3] Pour que le SCC puisse réellement aider à la réadaptation des détenus tout en veillant à la sécurité des autres détenus et des agents, ainsi qu’à la protection de la société dans son ensemble, il doit fonder les décisions qu’il prend au sujet des détenus dont il a la garde sur des renseignements valables. C’est ce que reconnaît explicitement le par. 24(1) de la *LSCMLC*, qui commande au SCC « de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu’il utilise concernant les délinquants soient à jour, exacts et complets ».

[4] Dans ce pourvoi, l’appelant, Jeffrey G. Ewert, conteste l’utilisation par le SCC d’un type particulier de renseignement. M. Ewert, qui est Métis, s’oppose au recours par le SCC à certains outils d’évaluation psychologique et actuarielle du risque, soutenant que la validité de ces outils, lorsqu’ils sont utilisés à l’endroit de délinquants autochtones, n’a pas été établie par des recherches empiriques.

[5] Un juge de la Cour fédérale a conclu qu’en s’appuyant sur ces outils malgré les préoccupations soulevées depuis longtemps au sujet de leur utilisation à l’égard de délinquants autochtones, le SCC avait manqué à l’obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC* et avait, sans justification, porté atteinte aux droits que garantit à M. Ewert l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d’appel fédérale a infirmé ces deux conclusions.

[6] Je conviens avec la Cour d’appel fédérale que M. Ewert n’a pas établi la violation de ses droits garantis par la *Charte*. Toutefois, j’estime que le juge du procès a eu raison de conclure qu’en continuant de se fier aux outils contestés sans s’assurer de leur validité à l’endroit des délinquants autochtones, le SCC avait manqué à l’obligation qui lui incombait suivant le par. 24(1) de la *LSCMLC*. Comme je l’expliquerai, ma conclusion à cet égard s’appuie en partie sur un

in s. 4(g) of the *CCRA*, which provides that correctional policies, programs and practices must respect cultural differences and be responsive to the special needs of Indigenous peoples.

[7] For the reasons that follow, I would allow Mr. Ewert's appeal in part, and declare that the CSC did in fact breach the obligation in s. 24(1) of the *CCRA*. Although a declaration is an exceptional remedy, it is one that is available in the circumstances of this case and one that this Court should exercise its discretion to grant.

II. Background

[8] Mr. Ewert is 56 years old. He identifies as Métis.

[9] Mr. Ewert was convicted of murder and attempted murder for strangling and sexually assaulting two women in two separate incidents in 1984. Mr. Ewert is currently serving two concurrent life sentences for these offences. He has spent over 30 years in federal custody and has been held in medium and maximum security settings during that time.

[10] Mr. Ewert has been eligible to apply for day parole since 1996 and for full parole since 1999. He has waived his right to each parole hearing for which he has been eligible.

[11] At trial, Mr. Ewert challenged the CSC's use of five psychological and actuarial risk assessment tools. One of these is the Hare Psychopathy Checklist-Revised ("PCL-R"), a tool that was designed to assess the presence of psychopathy but is also used to assess the risk of recidivism. Mr. Ewert also challenged the use of the Violence Risk Appraisal Guide ("VRAG") and the Sex Offender Risk Appraisal Guide ("SORAG"), two actuarial tools designed to assess the risk of violent recidivism; the Static-99, an actuarial tool designed to estimate the probability of sexual and violent recidivism; and the Violence Risk Scale – Sex Offender ("VRS-SO"), a rating

examen du principe de fonctionnement énoncé à l'al. 4g) de la *LSCMLC*, qui prévoit que les directives d'orientation générale, programmes et pratiques du SCC doivent respecter les différences culturelles et tenir compte des besoins propres aux Autochtones.

[7] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir en partie le pourvoi de M. Ewert et de déclarer que le SCC a effectivement manqué à l'obligation énoncée au par. 24(1) de la *LSCMLC*. Bien que le jugement déclaratoire soit une réparation exceptionnelle, celui-ci est possible en l'espèce, et la Cour devrait accorder une telle réparation dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

II. Contexte

[8] M. Ewert est âgé de 56 ans. Il affirme être Métis.

[9] M. Ewert a été reconnu coupable de meurtre et de tentative de meurtre pour avoir étranglé et agressé sexuellement deux femmes lors de deux incidents distincts survenus en 1984. Il purge actuellement deux peines concurrentes d'emprisonnement à perpétuité pour ces crimes. Il a passé plus de 30 ans dans des établissements correctionnels fédéraux à sécurité maximale et à sécurité moyenne.

[10] M. Ewert est admissible à demander la libération conditionnelle de jour depuis 1996 et à la libération conditionnelle totale depuis 1999. Il a renoncé à son droit à une audience pour la libération conditionnelle à laquelle il était admissible.

[11] Au procès, M. Ewert a contesté le recours par le SCC à cinq outils d'évaluation psychologique et actuarielle du risque. L'un de ces outils est l'échelle de psychopathie de Hare — révisée (« PCL-R »), un outil qui a été conçu pour évaluer la présence de psychopathie, mais qui est aussi utilisé pour mesurer le risque de récidive. M. Ewert a également contesté le recours au Guide d'évaluation du risque de violence (« GERV ») et au Guide d'évaluation du risque chez les délinquants sexuels (« GERDS »), deux outils actuariels conçus pour évaluer le risque de récidive violente; la Statique-99, un outil actuariel conçu pour estimer la probabilité de récidive sexuelle

scale designed to assess the risk of sexual recidivism that is used in connection with the delivery of sex offender treatment.

[12] Mr. Ewert claimed that while he has been incarcerated, the CSC has relied on these tools in conducting needs and risk assessments on him. He further claimed that these tools had been developed and tested on predominantly non-Indigenous populations and that there was no research confirming that they were valid when applied to Indigenous persons. Mr. Ewert submitted that, therefore, the CSC's reliance on the impugned tools in respect of Indigenous offenders represented a failure by the CSC to take all reasonable steps to ensure the accuracy of information about offenders that it uses, as required by s. 24(1) of the *CCRA*. He also argued that the CSC's reliance on the tools was contrary to the guiding principle now set out in s. 4(g) of the *CCRA* that correctional policies and practices must respect ethnic and cultural differences and be responsive to the special needs of Indigenous persons. Further, Mr. Ewert argued that the CSC's reliance on tools that had not been shown to be valid when applied to Indigenous offenders infringed his rights under ss. 7 and 15 of the *Charter*. He sought declaratory relief and an injunction preventing the CSC from using the impugned tools in respect of him or disseminating any results generated by the tools in his case.

III. Judgments Below

A. *Federal Court (Phelan J.), 2015 FC 1093, 343 C.R.R. (2d) 15*

[13] At trial, Mr. Ewert relied in support of his claims on the expert evidence of Dr. Stephen Hart, a professor of psychology at Simon Fraser University. Dr. Hart was qualified to give opinion evidence in the area of the development, application and validity of actuarial and psychological instruments used by the CSC. The trial judge generally accepted Dr. Hart's evidence. In particular, he accepted and relied on Dr. Hart's evidence that tests like the impugned tools

ou violente; l'Échelle des risques de violence : Délinquants sexuels (« ERVDS »), une échelle visant à évaluer le risque de récidive sexuelle qui est employée relativement à la prestation des traitements destinés aux délinquants sexuels.

[12] M. Ewert a prétendu que durant son incarcération, le SCC a utilisé ces outils pour procéder à des évaluations du risque et des besoins à son sujet. Il a ajouté que ces outils avaient été élaborés et mis à l'épreuve à l'endroit d'une population principalement non autochtone, et qu'aucune recherche ne confirmait qu'ils étaient valides dans le cas des Autochtones. M. Ewert a donc fait valoir qu'en se fiant aux outils contestés à l'égard de délinquants autochtones, le SCC n'avait pas veillé, dans la mesure du possible, à l'exactitude des renseignements qu'il utilise concernant les délinquants, comme l'exige le par. 24(1) de la *LSCMLC*. Il a également soutenu que l'utilisation de ces outils par le SCC était contraire au principe de fonctionnement énoncé à l'al. 4g) de la *LSCMLC*, selon lequel les directives d'orientation générale et les pratiques du SCC doivent respecter les différences ethniques et culturelles et tenir compte des besoins propres aux Autochtones. Toujours selon M. Ewert, l'utilisation par le SCC d'outils dont la validité n'a pas été démontrée dans le cas des délinquants autochtones a porté atteinte aux droits que lui garantissent les art. 7 et 15 de la *Charte*. Il a sollicité un jugement déclaratoire et une injonction empêchant le SCC d'utiliser les outils contestés à son égard ou de diffuser les résultats générés par ces outils à son sujet.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour fédérale (le juge Phelan), 2015 CF 1093*

[13] Au procès, M. Ewert a fondé ses prétentions sur le témoignage d'expert de M. Stephen Hart, professeur de psychologie à l'Université Simon Fraser. M. Hart a été reconnu comme expert pour livrer un témoignage d'opinion dans les domaines de l'élaboration, de l'application et de la validité des instruments actuariels et psychologiques utilisés par le SCC. Le juge du procès a de façon générale retenu le témoignage de M. Hart, plus particulièrement que

are susceptible to “cross-cultural bias” or “variance”. Dr. Hart testified that cross-cultural variance occurs when the reliability or validity of an assessment tool varies depending on the cultural background of the individual to whom the tool is applied. He further testified that membership in a cultural group is assessed through self-identification and that acculturation is a matter of degree. Generally speaking, however, because of the significant cultural differences between Indigenous and non-Indigenous Canadians, the impugned tools — which were developed for and validated by studies on predominantly non-Indigenous populations — are more likely than not to be cross-culturally variant to some degree when applied to Indigenous individuals. Dr. Hart testified that notwithstanding his opinion that the tools were likely to be affected by cultural bias, he could not express an opinion on the impact of that bias: it could be subtle and tolerable or it could be profound and intolerable.

[14] The trial judge also accepted Dr. Hart’s evidence that although there are a number of types of analyses that can be employed to establish that an actuarial test is free of cross-cultural variance, none of them have been completed for the impugned tools. One academic study published in 2013 suggests that the PCL-R does validly predict the recidivism risk posed by Indigenous offenders, but Dr. Hart discounted it because, for one thing, it is based on a small sample size. Dr. Hart’s evidence led the trial judge to find that the scores generated by the impugned tools when applied to Indigenous individuals ought not to be relied upon “in and of themselves”: para. 56.

[15] The respondent, to whom I will refer as the “Crown” in these reasons, presented the conflicting expert evidence of Dr. Marnie Rice, a clinical psychologist, researcher and professor of psychology and psychiatry. Dr. Rice testified that the impugned tools are valid and are not affected by cultural bias with respect to Indigenous offenders. The trial judge found Dr. Rice’s evidence to be of little assistance

les tests, comme ceux contestés, sont susceptibles d’être biaisés par des « préjugés interculturels » ou de la « variance ». M. Hart a déclaré que de la variance interculturelle se produit lorsque la fiabilité ou la validité des outils d’évaluation varie en fonction de l’héritage culturel de l’individu à l’égard de qui ils sont utilisés. Il a ajouté que l’appartenance à un groupe culturel est évaluée en fonction de l’auto-identification, et que l’acculturation est une question de degré. De façon générale, toutefois, en raison des différences culturelles importantes qui séparent les Canadiens autochtones des non-Autochtones, il est plus probable que les outils contestés — qui ont été élaborés à l’endroit d’une population principalement non autochtone et validés par des études réalisées sur une telle population — comportent vraisemblablement une certaine variance interculturelle dans le cas des Autochtones. M. Hart a déclaré que, bien qu’il estime que les outils étaient probablement empreints d’un préjugé culturel, il ne pouvait se prononcer sur l’effet de ce préjugé : il pouvait tout aussi bien être subtil et tolérable que profond et intolérable.

[14] Le juge du procès a également retenu le témoignage de M. Hart, selon qui il existe plusieurs types d’analyse qui permettent de démontrer qu’un test actuariel ne donne lieu à aucune variance interculturelle, mais aucune de ces analyses n’a été menée à l’égard des outils contestés. Selon une étude scientifique publiée en 2013, la PCL-R permet de prédire valablement le risque de récidive posé par les délinquants autochtones, mais M. Hart a écarté cette étude notamment à cause de la petite taille de l’échantillon sur lequel elle portait. Le témoignage de M. Hart a amené le juge du procès à conclure que les résultats produits par les outils contestés lorsque ceux-ci étaient utilisés à l’égard d’Autochtones ne devraient pas « à eux seuls » être considérés comme des données fiables (par. 56 (CanLII)).

[15] L’intimée, que j’appellerai « la Couronne » dans les présents motifs, a présenté le témoignage d’expert contradictoire de M^{me} Marnie Rice, psychologue clinicienne, chercheuse et professeure de psychologie et de psychiatrie. Selon M^{me} Rice, les outils contestés sont valides et ne sont pas empreints d’un préjugé culturel dans le cas des délinquants autochtones. Le juge du procès a jugé peu utile le

and concluded that it could not be relied upon, except where it was consistent with that of Dr. Hart.

[16] The trial judge accepted that the CSC had relied on results generated by certain of the impugned tools in making decisions that affected key aspects of Mr. Ewert's incarceration. Specifically, he found that results generated by these tools were one factor CSC decision-makers had considered in deciding whether to recommend that Mr. Ewert be granted parole, in determining his security classification, and in denying requests for escorted temporary absences. The trial judge also found that it was common practice in the CSC to use the impugned tools to assess an inmate's psychopathy or risk of violence, and that the scores derived from these assessments were required to be taken into account in determining an inmate's overall security rating.

[17] Citing the evidence of the Crown's fact witness, a former head of research at the CSC, the trial judge found that the CSC had been aware of concerns about the validity of the application of the impugned tools to Indigenous offenders since 2000, but that it had conducted no research to verify the validity of their application in that context.

[18] These findings led the trial judge to conclude that, by continuing to rely on the impugned tools without confirming — even though it had long had concerns in this respect — that they are valid when applied to Indigenous persons, the CSC had failed to “take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate . . . as possible” as is required by s. 24(1) of the *CCRA*.

[19] The trial judge also concluded that the CSC had, by relying on the impugned tools, infringed Mr. Ewert's rights under s. 7 of the *Charter*. The trial judge was satisfied that Mr. Ewert's s. 7 liberty interest had been adversely affected by decisions related to his security classification, his suitability for parole and his requests for temporary absences, and that his security of the person interest under that section was engaged by the impact on him of being

témoignage de M^{me} Rice et a conclu qu'on ne pouvait s'y fier, sauf dans la mesure où il était compatible avec celui de M. Hart.

[16] Le juge du procès a reconnu que le SCC s'était fondé sur les résultats obtenus au moyen de certains des outils contestés pour prendre des décisions qui ont influé, à des égards importants, sur l'incarcération de M. Ewert. Plus particulièrement, il a conclu que les résultats générés par ces outils faisaient partie des facteurs dont les décideurs du SCC avaient tenu compte pour décider de recommander ou non que M. Ewert soit libéré sous condition, pour déterminer sa cote de sécurité et pour refuser ses demandes de permission de sortir avec escorte. Le juge du procès a également conclu que le SCC se servait couramment des outils contestés pour évaluer la psychopathie d'un détenu ou son risque de violence, et que les résultats obtenus au moyen de ces tests devaient être pris en compte pour déterminer la cote de sécurité globale d'un détenu.

[17] Citant la déposition présentée par le témoin des faits de la Couronne, l'ancien directeur général de la Recherche au SCC, le juge du procès a conclu que le SCC savait depuis l'an 2000 que la validité du recours aux outils contestés dans le cas des délinquants autochtones suscitait des inquiétudes, mais qu'il n'avait mené aucune recherche pour vérifier la validité de leur utilisation dans ce contexte.

[18] En raison de ces constats, le juge du procès a conclu qu'en continuant de se fier aux outils contestés sans s'assurer de la validité de leur utilisation à l'égard des Autochtones — malgré les préoccupations soulevées depuis longtemps à ce sujet — le SCC n'avait pas « veill[é], dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu'il utilise [. . .] soient [. . .] exacts », comme l'exige le par. 24(1) de la *LSCMLC*.

[19] Le juge du procès a également conclu qu'en se fiant aux outils contestés, le SCC avait porté atteinte aux droits garantis à M. Ewert par l'art. 7 de la *Charte*. Selon lui, les décisions du SCC concernant la cote de sécurité, le bien-fondé de la libération conditionnelle et les demandes de permission de sortir de M. Ewert ont lésé le droit à la liberté dont ce dernier bénéficie en vertu de l'art. 7; le droit à la sécurité de la personne que lui garantit cette disposition était

labelled a psychopath. The trial judge concluded that these deprivations of liberty and security of the person were contrary to the principles of fundamental justice. The CSC's application of the impugned tools to Indigenous inmates was arbitrary and overbroad given the purpose and objective being pursued by the CSC in making decisions, which the trial judge characterized as being to predict an offender's risk of reoffending as accurately as possible in the interests of public safety. These infringements could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

[20] Mr. Ewert argued, in the alternative, that the CSC's use of the impugned tools was contrary to a proposed new principle of fundamental justice, namely that the state must obey the law. The trial judge concluded that it was unnecessary to address this argument. The trial judge also held that the factual record was not sufficiently developed to support Mr. Ewert's argument that his rights under s. 15 of the *Charter* had been infringed.

[21] Having concluded that the CSC had breached a statutory duty owed to Mr. Ewert and had violated his rights under s. 7 of the *Charter*, the trial judge ordered an interim injunction that prohibited the CSC from using results generated by the impugned tools with respect to Mr. Ewert. The trial judge also indicated his intention to issue a final order enjoining the use of these tools in respect of Mr. Ewert and other Indigenous inmates until, at a minimum, the CSC had conducted a study that confirmed the reliability of the tools for use in respect of Indigenous offenders. The details of the final order were to be addressed at a remedies hearing.

B. *Federal Court of Appeal (Dawson J.A., Nadon and Webb J.J.A. Concurring), 2016 FCA 203, 487 N.R. 107*

[22] The Federal Court of Appeal allowed the Crown's appeal from the trial judge's interim order.

[23] The Federal Court of Appeal concluded that the trial judge had applied an incorrect legal test in

en jeu en raison des répercussions que l'étiquette de psychopathe a eues sur lui. Le juge du procès a conclu que ces privations de liberté et de sécurité de la personne contrevenaient aux principes de justice fondamentale. L'utilisation faite par le SCC des outils contestés à l'égard de détenus autochtones était arbitraire et sa portée était excessive vu l'objet de ses décisions qui, selon le juge, est de prédire le risque de récidive d'un délinquant de façon aussi précise que possible afin d'assurer la sécurité du public. Ces atteintes ne pouvaient être justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*.

[20] M. Ewert a soutenu, subsidiairement, que l'utilisation par le SCC des outils contestés était contraire à un nouveau principe proposé de justice fondamentale, à savoir que l'État doit respecter la loi. Le juge du procès a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'examiner cet argument. Toujours selon lui, les faits mis en preuve n'étaient pas suffisamment étoffés pour étayer la prétention de M. Ewert que l'on avait porté atteinte aux droits que lui reconnaît l'art. 15 de la *Charte*.

[21] Après avoir conclu que le SCC avait manqué à une obligation légale qu'il avait envers M. Ewert et avait violé les droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit à ce dernier, le juge du procès a prononcé une injonction interlocutoire interdisant au SCC d'utiliser les résultats générés par les outils contestés à l'égard de M. Ewert. Il a également exprimé l'intention de rendre une ordonnance définitive interdisant l'utilisation de ces outils à l'endroit de M. Ewert et des autres détenus autochtones jusqu'à ce que, à tout le moins, le SCC ait mené une étude qui confirme la fiabilité de ces instruments dans le cas des délinquants autochtones. La Cour fédérale devait régler les détails de l'ordonnance définitive lors de l'audience relative aux réparations.

B. *Cour d'appel fédérale (la juge Dawson, avec l'accord des juges Nadon et Webb), 2016 CAF 203*

[22] La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel interjeté par la Couronne contre l'ordonnance provisoire du juge du procès.

[23] La Cour d'appel fédérale a conclu que le juge du procès avait appliqué le mauvais critère juridique

deciding whether Mr. Ewert had established a breach of s. 24(1) of the *CCRA*. The Court of Appeal stated that, to find that s. 24(1) had been breached, the trial judge had to be satisfied on a balance of probabilities that the assessment tools produce or are likely to produce false results and conclusions when applied to Indigenous persons. Because there was no evidence showing that to be the case, Mr. Ewert had not established that the CSC had failed to take all reasonable steps to ensure that the information it used about Indigenous inmates was as accurate as possible.

[24] The Court of Appeal also held that to establish a violation of s. 7 of the *Charter*, Mr. Ewert had to establish on a balance of probabilities that the impugned tools produce inaccurate results when applied to Indigenous inmates. The trial judge had erred in failing to require Mr. Ewert to meet this standard, as he had instead relied on the absence of evidence proving the accuracy and reliability of the assessment tools when applied to Indigenous offenders to find that Mr. Ewert had established a s. 7 violation.

[25] Finally, the Court of Appeal rejected Mr. Ewert's argument that it should find that his rights under s. 15 of the *Charter* had been infringed.

IV. Issues

[26] Mr. Ewert's appeal to this Court raises the following issues:

A. Did the CSC breach its obligation under s. 24(1) of the *CCRA* by failing to take all reasonable steps to ensure the accuracy of the results generated by the impugned tools when applied to Indigenous offenders?

B. Did the CSC's reliance on results generated by the impugned tools constitute an unjustified infringement of Mr. Ewert's rights under s. 7 of the *Charter*?

C. Did the CSC's reliance on results generated by the impugned tools constitute an unjustified infringement of Mr. Ewert's rights under s. 15 of the *Charter*?

pour décider si M. Ewert avait établi une contravention au par. 24(1) de la *LSCMLC*. Elle a précisé que, pour conclure à pareille contravention, le juge du procès devait être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que les outils d'évaluation produisent ou sont susceptibles de produire des résultats et des conclusions erronés dans le cas des Autochtones. En l'absence de toute preuve en ce sens, M. Ewert n'a pas établi que le SCC n'avait pas veillé, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu'il utilisait concernant les détenus autochtones soient les plus exacts possible.

[24] La Cour d'appel a aussi conclu que, pour établir une violation de l'art. 7 de la *Charte*, M. Ewert devait prouver, selon la prépondérance des probabilités, que les outils contestés produisent des résultats inexacts à l'égard des détenus autochtones. Le juge du procès a commis une erreur en omettant d'exiger de M. Ewert qu'il satisfasse à cette norme, et en se fondant plutôt sur l'absence de preuve démontrant l'exactitude et la fiabilité des outils d'évaluation dans le cas des délinquants autochtones pour conclure que M. Ewert avait établi une violation de l'art. 7.

[25] Enfin, la Cour d'appel a rejeté l'argument de M. Ewert selon lequel elle devrait conclure qu'il avait été porté atteinte aux droits que lui garantit l'art. 15 de la *Charte*.

IV. Questions en litige

[26] L'appel formé par M. Ewert devant notre Cour soulève les questions suivantes :

A. Le SCC a-t-il manqué à l'obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC* en ne veillant pas, dans la mesure du possible, à l'exactitude des résultats produits par les outils contestés dans le cas des délinquants autochtones?

B. L'utilisation par le SCC des résultats produits par les outils contestés constitue-t-elle une atteinte injustifiée aux droits garantis à M. Ewert par l'art. 7 de la *Charte*?

C. L'utilisation par le SCC des résultats produits par les outils contestés constitue-t-elle une atteinte injustifiée aux droits garantis à M. Ewert par l'art. 15 de la *Charte*?

V. Analysis

[27] In this Court, Mr. Ewert's argument that the CSC breached its obligation under the *CCRA* has been made primarily in support of the further argument that this constituted an infringement of his rights under the *Charter*. Mr. Ewert argues that this Court should recognize a new principle of fundamental justice, namely that the state must obey the law, and he further argues that he was deprived of liberty and security of the person contrary to that principle, because the CSC was in breach of its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*. Mr. Ewert has failed to establish his *Charter* claims. I nonetheless agree with the trial judge that Mr. Ewert has established that the CSC breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*. In the exceptional circumstances of this case, it is appropriate for this Court to exercise its discretion to grant a declaration to this effect. I will set out my reasons for reaching this conclusion after explaining the basis for my finding that the CSC was in breach of the obligation in s. 24(1) of the *CCRA* and for my conclusion that Mr. Ewert's *Charter* claims should be dismissed.

A. *Did the CSC Breach Its Obligation Under Section 24(1) of the CCRA?*

[28] In order to determine whether the CSC breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*, the scope of that obligation must first be defined. Then, the CSC's conduct must be examined in order to determine whether the CSC met the legislated standard.

[29] To interpret the scope of the obligation provided for in s. 24(1), I will apply the modern approach to statutory interpretation: "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament" (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87). Because the *CCRA* is federal

V. Analyse

[27] Devant notre Cour, M. Ewert a fait valoir que le SCC avait manqué à l'obligation qui lui incombe suivant la *LSCMLC* essentiellement pour étayer son autre argument selon lequel ce manquement constituait une atteinte à ses droits reconnus par la *Charte*. M. Ewert plaide l'opportunité pour la Cour de reconnaître un nouveau principe de justice fondamentale, à savoir que l'État doit respecter la loi, soutenant par ailleurs qu'il a été privé de sa liberté et de la sécurité de sa personne en contravention de ce principe, parce que le SCC a manqué à son obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC*. M. Ewert n'a pas réussi à établir le bien-fondé de ses prétentions soumises en vertu de la *Charte*. Je partage néanmoins l'avis du juge du procès selon lequel M. Ewert a démontré que le SCC avait manqué à l'obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC*. Dans les circonstances exceptionnelles de la présente affaire, il convient que la Cour accorde, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, un jugement déclaratoire en ce sens. J'exposerai les motifs pour lesquels j'arrive à ce constat après avoir expliqué le fondement de ma conclusion selon laquelle le SCC avait manqué à l'obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC* et de ma conclusion selon laquelle les demandes de M. Ewert fondées sur la *Charte* devraient être rejetées.

A. *Le SCC a-t-il manqué à l'obligation que lui impose le par. 24(1) de la LSCMLC?*

[28] Pour savoir si le SCC a manqué à l'obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC*, il convient dans un premier temps de cerner l'étendue de cette obligation. Il faudra ensuite examiner la conduite du SCC afin de décider si ce dernier a respecté la norme légale.

[29] Pour interpréter l'étendue de l'obligation prévue au par. 24(1), j'utiliserai la méthode moderne d'interprétation des lois : « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'[économie] de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87). La

legislation, the interpretation exercise must also be guided by s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which reads as follows:

12 Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

[30] In the instant case, the inquiry into whether the CSC has met the obligation set out in s. 24(1) gives rise to two main questions. The first is whether results generated by the impugned tools are a type of information to which s. 24(1) applies. If the answer is yes, the second question is whether the CSC took sufficient steps to ensure the accuracy of that information. I will discuss each of these questions in turn.

(1) Does the Obligation Provided for in Section 24(1) of the CCRA Apply to Results Generated by the Impugned Tools?

[31] The first issue to address is whether the obligation provided for in s. 24(1) of the *CCRA* applies to results generated by the impugned tools. Mr. Ewert argues that it does, while the Crown argues that it does not. The Crown submits that s. 24(1) requires only that information be properly gathered and recorded, and that the obligation imposed by that provision is inapplicable to the results generated by the impugned tools. For the reasons set out below, I would reject the Crown's argument. Reading the words of s. 24(1) in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme and objects of the *CCRA*, I conclude that the obligation provided for in s. 24(1) applies to results generated by the impugned tools.

[32] Section 24(1) of the *CCRA* reads as follows:

Accuracy, etc., of information

24 (1) The Service shall take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate, up to date and complete as possible.

LSCMLC étant une loi fédérale, son interprétation doit aussi s'appuyer sur l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, lequel prévoit :

12 Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

[30] Dans l'affaire qui nous occupe, l'analyse visant à déterminer si le SCC a respecté l'obligation énoncée au par. 24(1) soulève deux questions principales. D'abord, les résultats produits par les outils contestés sont-ils des renseignements du type de ceux auxquels s'applique le par. 24(1)? Dans l'affirmative, le SCC a-t-il pris des mesures suffisantes pour veiller à l'exactitude de ces renseignements? J'examinerai successivement chacune de ces questions.

(1) L'obligation prévue au par. 24(1) de la LSCMLC s'applique-t-elle aux résultats produits par les outils contestés?

[31] La première question à laquelle il nous faut répondre est celle de savoir si l'obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC* s'applique aux résultats générés par les outils contestés. M. Ewert soutient que oui, alors que la Couronne prétend le contraire. D'après la Couronne, le par. 24(1) exige uniquement que les renseignements soient recueillis et consignés correctement, et l'obligation qu'impose cette disposition ne s'applique pas aux résultats produits par les outils contestés. Pour les motifs exposés ci-après, je rejette l'argument de la Couronne. Si je lis les termes du par. 24(1) dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et les objets de la *LSCMLC*, je conclus que l'obligation prévue au par. 24(1) s'applique aux résultats générés par les outils contestés.

[32] Le paragraphe 24(1) de la *LSCMLC* est ainsi libellé :

Exactitude des renseignements

24 (1) Le Service est tenu de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu'il utilise concernant les délinquants soient à jour, exacts et complets.

[33] On its face, the obligation imposed by s. 24(1) of the *CCRA* appears to apply to information derived from the impugned tools. Section 24(1) provides that the obligation applies to “any information about an offender that [the CSC] uses”. In the ordinary sense of these words, the knowledge the CSC might derive from the impugned tools — for example, that an offender has a personality disorder or that there is a high risk that an offender will violently reoffend — is “information” about that offender. The trial judge found that the CSC uses results generated by the impugned tools in making various decisions about offenders. Thus, those results are “information about an offender that [the CSC] uses” in the ordinary meaning of those words. The fact that s. 24(1) applies to “any” such information confirms that, if its words are read in their grammatical and ordinary sense, it applies to the information at issue in this case.

[34] This interpretation of s. 24(1) is supported by the relevant statutory context. Sections 23 through 27 of the *CCRA* all fall under the heading “Information” and must be read together. However, although these sections all relate generally to information, they deal with different aspects of the CSC’s collection, use and dissemination of information and apply to different types of information. For example, s. 23(1) enumerates specific types of information the CSC must obtain when a person is sentenced, committed or transferred to penitentiary. Section 25(1) requires the CSC to disclose to bodies authorized to supervise offenders “all information under its control that is relevant to release decision-making”. Section 26 governs the disclosure of information about an offender to a victim of an offence, enumerating, for example, specific information that *must* be disclosed to the victim (s. 26(1)(a)) and other information that *may* be disclosed to the victim in specific circumstances (s. 26(1)(b)). Section 27 governs the disclosure to an offender of information considered in taking a decision about him or her, requiring that in certain circumstances the offender be given “all the information” to be considered or that was considered

[33] À première vue, l’obligation imposée par le par. 24(1) de la *LSCMLC* semble s’appliquer aux renseignements tirés des outils contestés. Le paragraphe 24(1) dispose que l’obligation s’applique aux « renseignements [que le SCC] utilise concernant les délinquants ». Selon le sens ordinaire de ces mots, les connaissances que le SCC peut tirer des outils contestés — par exemple, qu’un délinquant souffre d’un trouble de la personnalité ou qu’il présente un risque élevé de récidive violente — sont des « renseignements » concernant ce délinquant. Le juge du procès a conclu que le SCC utilise les résultats générés par les outils contestés pour prendre différentes décisions à l’égard des délinquants. Ces résultats sont donc des « renseignements [que le SCC] utilise concernant les délinquants », selon le sens ordinaire de ces mots. Le fait que le par. 24(1) s’applique aux renseignements ainsi utilisés (« “any” such information ») confirme que, si on lit ses termes en suivant leur sens ordinaire et grammatical, il s’applique aux renseignements en cause dans la présente affaire.

[34] Cette interprétation du par. 24(1) est étayée par le contexte législatif pertinent. Les articles 23 à 27 de la *LSCMLC* sont tous regroupés sous la rubrique « Renseignements » et doivent être lus en corrélation. Or, bien qu’ils aient de façon générale tous trait aux renseignements, ils portent sur différents aspects de la collecte, de l’utilisation et de la diffusion de renseignements par le SCC, et ils s’appliquent à différents types de renseignements. À titre d’exemple, le par. 23(1) énumère certains types de renseignements que le SCC doit obtenir après la condamnation ou le transfèrement d’une personne au pénitencier. Le paragraphe 25(1) oblige le SCC à communiquer aux organismes agréés en matière de surveillance de délinquants « les renseignements pertinents dont il dispose [. . .] pour prendre la décision de les mettre en liberté ». L’article 26 régit la communication à la victime de renseignements au sujet d’un délinquant. On y énumère, par exemple, les renseignements précis qui *doivent* être communiqués à la victime (al. 26(1)a)) et les autres renseignements qui *peuvent* lui être communiqués dans certaines circonstances (al. 26(1)b)). L’article 27 régit la communication au délinquant des renseignements entrant

in the taking of the decision, or a summary of that information.

[35] When ss. 23 through 27 are read together, it is clear that where Parliament intended a particular provision to apply to only certain types of information, it enumerated them or otherwise qualified the scope of the information to which a particular provision was to apply. This further reinforces the conclusion that the obligation in s. 24(1) — which applies to “any information about an offender that [the CSC] uses” — was intended to have broad application.

[36] Furthermore, reading s. 24(1) in the context of the other provisions in ss. 23 through 27 confirms that the broad scope of the obligation in s. 24(1) should not be limited by the evidently narrower scope of s. 24(2). Section 24(2) provides that it applies to information the CSC has obtained pursuant to s. 23(1) and then disclosed to an offender pursuant to s. 23(2). However, the fact that subs. 24(2) is in the same section as subs. 24(1) does not mean that these two provisions were intended to have identical scopes. As I mentioned above, certain provisions in s. 26 expressly apply to different types of information, but s. 26 as a whole deals generally with the disclosure of information to victims. And whereas the subsections of s. 27 all deal generally with giving information to offenders, ss. 27(1) and 27(2) address the giving of information in different circumstances. Likewise, ss. 24(1) and 24(2) both deal generally with the accuracy of information. It does not follow that they apply to identical types of information. Had Parliament intended s. 24(1) to apply only to information the CSC has collected pursuant to s. 23(1), it could have said so explicitly. Moreover, it could have placed the two subsections of s. 24 in s. 23 instead of placing them together in a separate section. In any case, the fact that subs. 24(1) and 24(2) are in the same section is not sufficient to overcome the clear language of the words “any information”, which

en ligne de compte dans une décision à son sujet, et exige que, dans certaines circonstances, on lui communique « tous les renseignements » entrant en ligne de compte ou pris en compte dans la décision, ou un sommaire de ceux-ci.

[35] Lorsqu’on lit ensemble les art. 23 à 27, on voit clairement que, lorsque le législateur a voulu qu’une disposition s’applique seulement à certains renseignements, il les a énumérés ou a autrement restreint la portée des renseignements auxquels la disposition est censée s’appliquer. Cela renforce davantage la conclusion selon laquelle il entendait que l’obligation prévue au par. 24(1) — qui s’applique aux « renseignements [que le SCC] utilise concernant les délinquants » (« any information about an offender that [the CSC] uses ») — soit d’application large.

[36] Qui plus est, la lecture du par. 24(1) à la lumière des autres dispositions contenues aux art. 23 à 27 confirme que la portée générale de l’obligation prévue à ce paragraphe ne saurait être restreinte par la portée manifestement plus restrictive du par. 24(2). Le paragraphe 24(2) précise qu’il s’applique aux renseignements que le SCC a obtenus conformément au par. 23(1), puis communiqués au délinquant en application du par. 23(2). Toutefois, ce n’est pas parce que les par. 24(2) et 24(1) se trouvent dans le même article qu’ils sont censés avoir la même portée. Comme je l’ai mentionné précédemment, certaines dispositions de l’art. 26 s’appliquent expressément à différents types de renseignements, mais l’ensemble de l’art. 26 vise de façon générale la communication de renseignements aux victimes. Et si les paragraphes de l’art. 27 traitent tous généralement de la communication de renseignements au délinquant, les par. 27(1) et (2) concernent les différentes circonstances dans lesquelles ceux-ci sont communiqués. De même, les par. 24(1) et (2) traitent tous deux de façon générale de l’exactitude des renseignements, ce qui ne veut pas dire qu’ils s’appliquent aux mêmes types de renseignements. Si le législateur avait voulu que le par. 24(1) s’applique seulement aux renseignements recueillis par le SCC en conformité avec le par. 23(1), il aurait pu le dire explicitement. Il aurait aussi pu incorporer les

indicate that the obligation provided for in s. 24(1) has a broad scope.

[37] The legislative scheme within which the CSC operates also favours a reading of the words “any information about an offender that [the CSC] uses” in s. 24(1) that includes results generated by the impugned tools. Both that legislative scheme and the CSC’s practice based on the scheme contemplate CSC decision-makers using information such as results generated by the impugned tools in making important decisions about offenders. For example, s. 17 of the *Corrections and Conditional Release Regulations* requires the CSC to consider “any physical or mental illness or disorder suffered by the inmate” and “the inmate’s potential for violent behaviour” in determining the security classification to be assigned to an inmate. Moreover, according to evidence presented at trial, it is CSC policy to require that psychological risk assessments be conducted with respect to offenders in some circumstances, including where an inmate serving a life sentence is being considered for conditional release. The fact that the legislative scheme contemplates that the CSC will use information such as results generated by the impugned tools indicates that the scheme also contemplates that the information will be subject to the obligation provided for in s. 24(1). And the fact that CSC policy requires the use of this information in certain circumstances favours applying the obligation to it.

[38] In addition, the statutory purpose of the correctional system supports an interpretation according to which the CSC’s obligation under s. 24(1) extends to the accuracy of psychological or actuarial test results that it uses. As I mentioned above, the system’s purpose is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by carrying out sentences through the safe and humane custody of inmates and by assisting in their rehabilitation and their reintegration into the community as law-abiding

deux paragraphes de l’art. 24 à l’art. 23 plutôt que de les regrouper dans un article distinct. Quoi qu’il en soit, le fait que les par. 24(1) et (2) se trouvent dans le même article ne saurait écarter le sens clair des mots « les renseignements » (en anglais « *any information* »), qui indiquent que l’obligation prévue au par. 24(1) a une vaste portée.

[37] Le régime législatif dans le cadre duquel œuvre le SCC favorise également une interprétation des mots « les renseignements [que le SCC] utilise concernant les délinquants » au par. 24(1) qui englobe les résultats produits par les outils contestés. Autant ce régime législatif que la pratique appliquée par le SCC sur son fondement prévoient que les décisions importantes concernant les délinquants sont prises par le SCC en fonction de ces résultats. À titre d’exemple, l’art. 17 du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* exige du SCC qu’il tienne compte de « toute maladie physique ou mentale ou tout trouble mental dont il souffre » et de « sa propension à la violence » pour déterminer la cote de sécurité à assigner à chaque détenu. Par ailleurs, selon la preuve présentée au procès, le SCC a pour politique d’exiger une évaluation psychologique du risque dans certains cas, notamment lorsqu’un détenu purgeant une peine d’emprisonnement à perpétuité est évalué en vue d’une libération conditionnelle. Le fait que le régime législatif envisage que le SCC utilisera des renseignements comme les résultats produits par les outils contestés indique qu’il envisage également que ces renseignements seront assujettis à l’obligation prévue au par. 24(1). Et le fait que la politique du SCC exige le recours à ces renseignements dans certaines circonstances joue en faveur de leur assujettissement à l’obligation.

[38] En outre, l’objectif de la loi relatif au système correctionnel appuie l’interprétation selon laquelle l’obligation qu’impose au SCC le par. 24(1) s’étend à l’exactitude des résultats des tests psychologiques ou actuariels qu’il utilise. Comme je l’ai mentionné précédemment, l’objet du système est de contribuer au maintien d’une société juste, vivant en paix et en sécurité, d’une part, en assurant l’exécution des peines par des mesures de garde sécuritaires et humaines, et d’autre part, en aidant à la réadaptation

citizens: *CCRA*, s. 3. Having accurate information about an offender's psychological needs and the risk the offender poses is doubtless crucial for the CSC to effectively achieve this purpose. Thus, the system's purpose is best furthered by interpreting s. 24(1) of the *CCRA* broadly.

[39] Accurate information about an offender's psychological needs is also necessary for the CSC to comply with the guiding principle set out in s. 4(c) of the *CCRA*, namely that the CSC is to use necessary and proportionate measures to attain the purpose referred to in s. 3. And interpreting s. 24(1) such that the obligation to ensure the accuracy of information applies to the results of psychological tests is consistent with the guiding principle in s. 4(g) that the CSC's practices must be responsive to the needs of equity-seeking groups, including persons requiring mental health care. This is because psychological tests, including some of the tests at issue in this case, are used to assess the psychological and treatment needs of such persons.

[40] Interpreting s. 24(1) as applying to a broad range of information, including psychological test results and recidivism risk assessments, is also consistent with the paramount consideration for the CSC set out in s. 3.1 of the *CCRA*: the protection of society. Mr. Ewert's concern in this case is that, as a result of cultural bias, the impugned psychological tests and risk assessments incorrectly identify him as having psychopathic personality disorder or overestimate the risk that he will reoffend. But when the CSC uses tests whose accuracy is in question, there is also a risk of the converse: that psychological or actuarial tests that are inaccurate when applied to a particular cultural group may underestimate risk, thereby undermining the protection of society.

des détenus et à leur réinsertion sociale à titre de citoyens respectueux des lois (*LSCMLC*, art. 3). Disposer de renseignements exacts sur les besoins psychologiques d'un délinquant et le risque qu'il présente est indubitablement crucial pour permettre effectivement au SCC d'atteindre cet objectif. Ainsi, une interprétation large du par. 24(1) de la *LSCMLC* favorise l'atteinte de l'objet du système.

[39] Le SCC doit également pouvoir compter sur des renseignements exacts concernant les besoins psychologiques d'un délinquant afin de pouvoir se conformer au principe de fonctionnement énoncé à l'al. 4c) de la *LSCMLC*, à savoir que le SCC doit prendre les mesures nécessaires et proportionnelles pour atteindre l'objectif mentionné à l'art. 3. Et interpréter le par. 24(1) de manière à ce que l'obligation de veiller à l'exactitude des renseignements s'applique aux résultats des tests psychologiques s'accorde avec le principe de fonctionnement de l'al. 4g), selon lequel les pratiques du SCC doivent tenir compte des besoins propres aux groupes en quête d'équité, notamment les personnes ayant besoin de soins de santé mentale. En effet, les tests psychologiques, y compris certains des tests en litige dans la présente affaire, sont utilisés en vue de l'évaluation des besoins psychologiques et en matière de traitement de ces personnes.

[40] Interpréter le par. 24(1) comme s'appliquant à un vaste éventail de renseignements, y compris aux résultats de tests psychologiques et aux évaluations du risque de récidive, s'accorde également avec le critère prépondérant appliqué par le SCC aux termes de l'art. 3.1 de la *LSCMLC* : la protection de la société. En l'espèce, ce qui inquiète M. Ewert, c'est qu'en raison de préjugés culturels, les tests psychologiques et les évaluations du risque contestés lui attribuent à tort un trouble de personnalité psychopathique ou exagèrent le risque de récidive qu'il présente. Or, lorsque le SCC utilise les tests dont la fiabilité est mise en question, le risque contraire apparaît lui aussi, à savoir que les tests psychologiques ou actuariels dont les résultats sont inexacts dans le cas d'un certain groupe culturel sous-estiment les risques et compromettent par le fait même la protection de la société.

[41] Finally, the nature of the information derived from the impugned tools provides further support for its inclusion in the scope of the words “any information” in s. 24(1). In oral argument, the Crown took the position that actuarial tests are an important tool because the information derived from them is objective and thus mitigates against bias in subjective clinical assessments. In other words, the impugned tools are considered useful *because* the information derived from them can be scientifically validated. In my view, this is all the more reason to conclude that s. 24(1) imposes an obligation on the CSC to take reasonable steps to ensure that the information is accurate.

[42] I accordingly reject the Crown’s argument that the obligation in s. 24(1) relates only to information-gathering and record-keeping — that is, that the CSC’s obligation extends only to ensuring that information about an offender is accurately recorded. Had Parliament so intended, it would have been simple enough to provide that the obligation was “to take all reasonable steps to ensure that any information the CSC uses is accurately recorded”. Moreover, an obligation to ensure accurate record-keeping would be relatively easy for the CSC to meet. The obligation s. 24(1) *actually* creates with respect to ensuring accuracy is qualified: what is required is that “all reasonable steps” be taken to ensure that information is “as accurate . . . as possible”. The fact that Parliament considered these qualifications necessary suggests that s. 24(1) requires more than simply good record-keeping.

[43] The Crown also argues that the obligation to ensure accuracy provided for in s. 24(1) should not apply to results generated by the impugned tools, because it is inappropriate to speak of “accuracy” in the context of actuarial science. The Crown submits that actuarial scores cannot be described as being “accurate” or “inaccurate”; rather, they may have “different levels of predictive validity, in the sense that they predict poorly, moderately well or strongly”: R.F., at para. 106. However, the obligation provided for in s. 24(1) is a general one that is necessarily described

[41] Enfin, la nature des renseignements tirés des outils contestés renforce encore plus l’idée qu’ils sont visés par les mots « les renseignements » au par. 24(1). Lors de sa plaidoirie, la Couronne a fait valoir que les tests actuariels sont un outil important parce que les renseignements qui en découlent sont objectifs et qu’ils viennent donc atténuer les distorsions propres aux évaluations cliniques subjectives. Autrement dit, les outils contestés sont jugés utiles *parce que* les renseignements qu’ils produisent peuvent être scientifiquement validés. À mon avis, il faut en conclure à plus forte raison que le par. 24(1) impose au SCC l’obligation de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements soient exacts.

[42] Je rejette en conséquence l’argument de la Couronne selon lequel l’obligation du par. 24(1) ne se rapporte qu’à la collecte de renseignements et à la tenue de dossiers — c’est-à-dire que le SCC doit seulement veiller à ce que les renseignements qu’il utilise concernant les délinquants soient consignés correctement. Si c’est ce que le législateur voulait, il aurait pu simplement préciser que l’obligation consistait à « veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements que le SCC utilise soient consignés correctement ». De plus, il serait relativement facile pour le SCC de s’acquitter de l’obligation de veiller à consigner avec exactitude les renseignements utilisés. L’obligation d’exactitude créée *dans les faits* par le par. 24(1) est limitée : ce qui est exigé, c’est que « dans la mesure du possible », le SCC veille à ce que les renseignements soient « exacts ». Le fait que le législateur ait jugé cette limite nécessaire tend à indiquer que le par. 24(1) exige davantage qu’une simple bonne tenue de dossiers.

[43] La Couronne soutient également que l’obligation d’exactitude prévue au par. 24(1) ne devrait pas s’appliquer aux résultats générés par les outils contestés, parce qu’il ne convient pas de parler d’« exactitude » dans le domaine de la science actuarielle. La Couronne souligne que les estimations actuarielles ne peuvent être qualifiées d’« exactes » ou d’« inexactes »; en fait, on peut dire de leur capacité prédictive qu’elle est [TRANSCRIPTION] « faible, assez bonne ou forte » (m.i., par. 106). Toutefois, l’obligation prévue au par. 24(1) en est une de nature

using general rather than technical language. Even if we accept that actuarial science draws a distinction between the concepts of “accuracy” and “predictive validity”, it is not inappropriate to apply the obligation provided for in s. 24(1) to actuarial test scores: in this context, the obligation to take all reasonable steps to ensure that information is “as accurate . . . as possible” may be understood to mean that the CSC must take steps to ensure that it relies on test scores that predict risks strongly rather than those that do so poorly.

[44] In any case, at trial, both parties’ experts proceeded from the premise that the accuracy of a psychological or actuarial assessment tool can be evaluated and that such an evaluation is relevant to a decision whether to use that tool. For example, Dr. Hart testified that “validity” is a term of art in psychology that refers to “the accuracy or meaningfulness of test scores” and that “with respect to a violence risk assessment tool, the accuracy would be the ability of the test scores to forecast future violence”: A.R., vol. XX, at pp. 6635-36. Similarly, Dr. Rice testified that, in the context of risk assessment instruments, “validity” refers to “the accuracy of measurement” or “[t]he degree to which an assessment measures what it’s supposed to measure”: “accurate predictions are said to be valid”: A.R., vol. XXI, at pp. 6770-71. That the experts understood that accuracy is a concept relevant to the impugned tools makes sense. The PCL-R produces a numerical score that is meant to indicate whether the subject has a psychopathic personality disorder; if PCL-R scores actually reflect the subject’s state in this regard, they can, in ordinary language, be said to be accurate. Similarly, if the results generated by assessment tools meant to assess the risk of recidivism actually correspond to the risk that the subject will reoffend, they can be said to be accurate.

[45] In light of the words, the context and the purpose of s. 24(1) of the *CCRA*, I conclude that results generated by the impugned tools are “information” within the meaning of that provision. As a result, the

générale qui appelle nécessairement une description en termes généraux plutôt que techniques. Même si nous acceptons que la science actuarielle établit une distinction entre les notions d’« exactitude » et de « validité prédictive », il n’est pas inopportun d’assujettir les résultats de tests actuariels à l’obligation prévue au par. 24(1) : dans ce contexte, l’obligation de veiller, « dans la mesure du possible », à ce que les renseignements soient « exacts » signifierait que le SCC doit veiller à ce que les résultats de tests sur lesquels il s’appuie aient une capacité forte plutôt que faible à prédire les risques.

[44] Quoi qu’il en soit, au procès, les experts des deux parties sont partis du principe que l’exactitude d’un outil d’évaluation psychologique ou actuarielle peut être évaluée et que cette évaluation est importante pour décider s’il convient d’utiliser cet outil. Par exemple, M. Hart a affirmé que la [TRADUCTION] « validité » est un terme technique en psychologie qui désigne « l’exactitude ou l’utilité des résultats des tests » et que « pour ce qui est de l’outil d’évaluation du risque de violence, l’exactitude s’entendrait de la capacité des résultats du test de prévoir la perpétration de futurs actes de violence » (d.a., vol. XX, p. 6635-6636). De même, M^{me} Rice a mentionné que, dans le contexte des instruments d’évaluation du risque, la [TRADUCTION] « validité » s’entend de « l’exactitude de la mesure » ou « de jusqu’à quel point une évaluation mesure ce qu’elle est censée mesurer » : « les prédictions exactes sont jugées valables » (d.a., vol. XXI, p. 6770-6771). Que les experts aient compris l’importance que revêt le concept d’exactitude des outils contestés va de soi. La PCL-R produit des résultats numériques censés indiquer si le sujet souffre d’un trouble de personnalité psychopathique; si les résultats de la PCL-R reflètent véritablement l’état du sujet à cet égard, on peut dire, en termes simples, qu’ils sont exacts. De même, si les résultats générés par les outils destinés à évaluer le risque de récidive correspondent bel et bien au risque de récidive du sujet, on peut dire d’eux qu’ils sont exacts.

[45] Compte tenu des mots, du contexte et de l’objet du par. 24(1) de la *LSCMLC*, je conclus que les résultats générés par les outils contestés sont des « renseignements » au sens de cette disposition. En

CSC’s statutory obligation to take “all reasonable steps” to ensure that information is accurate applies to them.

(2) Did the CSC Take “All Reasonable Steps” to Ensure That the Information It Used Was Accurate?

[46] Having determined that the obligation provided for in s. 24(1) applies to information derived from the impugned tools, the next question is whether the CSC breached that obligation. More specifically, it must be asked whether the CSC took all reasonable steps to ensure that the impugned tools produce accurate information when applied to Indigenous persons such as Mr. Ewert.

[47] Mr. Ewert bore the onus of establishing on a balance of probabilities that the CSC had breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*. As the trial judge correctly found, this did not require Mr. Ewert to prove that the impugned tools produce inaccurate results. The question is not whether the CSC relied on inaccurate information, but whether it took all reasonable steps to ensure that it did not. Showing that the CSC failed to take all reasonable steps in this respect may, as a practical matter, require showing that there was some reason for the CSC to doubt the accuracy of information in its possession about an offender. If the trial judge’s reasons for judgment are read as a whole, it is clear that this is what he meant when he wrote that it was sufficient for Mr. Ewert to raise a “reasonable challenge” to the “reliability” of the assessment tools: para. 82. The trial judge stated clearly that the question to be addressed was whether the CSC’s actions were sufficient to fulfill the legislated standard of all reasonable steps to ensure accuracy, currency and completeness. He made no error in setting out the applicable legal test, and there is no indication that he applied an incorrect standard of proof: see *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at para. 54.

conséquence, l’obligation légale qui incombe au SCC de veiller, « dans la mesure du possible », à ce que les renseignements soient exacts s’applique à eux.

(2) Le SCC a-t-il veillé, « dans la mesure du possible », à ce que les renseignements qu’il a utilisés soient exacts?

[46] Puisqu’il est décidé que l’obligation prévue au par. 24(1) s’applique aux renseignements tirés des outils contestés, il faut se demander si le SCC a manqué à cette obligation et, plus précisément, si le SCC a veillé, dans la mesure du possible, à ce que les outils contestés produisent des renseignements exacts lorsqu’ils sont utilisés à l’égard d’Autochtones comme M. Ewert.

[47] M. Ewert avait le fardeau de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que le SCC a manqué à l’obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC*. Comme le juge du procès l’a conclu à bon droit, cela n’obligeait pas M. Ewert à prouver que les outils contestés produisent des résultats inexacts. Il ne s’agit pas de savoir si le SCC s’est fondé sur des résultats inexacts, mais s’il a veillé, dans la mesure du possible, à ce que cela ne soit pas le cas. Pour démontrer que le SCC ne s’est pas acquitté de cette obligation, il faut peut-être, en pratique, prouver que le SCC avait une raison de douter de l’exactitude des renseignements en sa possession au sujet d’un délinquant. Si les motifs du jugement de première instance sont lus comme un tout, il est manifeste que c’est ce que le juge du procès voulait dire lorsqu’il a écrit que M. Ewert n’avait qu’à soulever un « doute raisonnable » quant à la « fiabilité » des outils d’évaluation (par. 82). Le juge du procès a clairement dit que la question à trancher était de savoir si, par ses agissements, le SCC avait satisfait à l’obligation légale qu’il avait de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements soient exacts, à jour et complets. Sa formulation du critère juridique applicable ne comportait aucune erreur et rien n’indique qu’il a appliqué une norme de preuve erronée : voir *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, par. 54.

[48] Section 24(1) requires that the CSC take all reasonable steps to ensure the accuracy of information about an offender that it uses, not all possible steps. What constitutes “all reasonable steps” for the purposes of s. 24(1) of the *CCRA* will vary with the context. The trial judge’s conclusion that the CSC failed to take the reasonable steps required in the particular circumstances of this case is amply supported by the record.

[49] The trial judge noted that the CSC had long been aware of concerns regarding the possibility of psychological and actuarial tools exhibiting cultural bias. Such concerns had in fact led the CSC to conduct research into the validity of certain actuarial tools other than the impugned tools when applied to Indigenous offenders and to cease using those other tools in respect of Indigenous inmates. Similar confirmatory research had also been contemplated by the Federal Court of Appeal in *Ewert v. Canada (Attorney General)*, 2008 FCA 285, 382 N.R. 370. As well, research into the validity of at least some of the impugned tools when applied to members of cultural minority groups had been conducted in other jurisdictions.

[50] By contrast, the trial judge found that the CSC had not taken any action to confirm the validity of the impugned tools and that it had continued to use them in respect of Indigenous offenders without qualification. This was true despite the fact that research by the CSC into the impugned tools, though challenging, would have been feasible. In these circumstances, the trial judge concluded that the CSC’s failure to take *any* steps to ensure the validity of the impugned tools when applied to Indigenous offenders did not meet the legislated standard set out in s. 24(1) of the *CCRA*.

[51] Further support for the conclusion that the CSC’s inaction in this respect constituted a failure to take the requisite reasonable steps can be found in the guiding principle set out in s. 4(g) of the *CCRA*, which the trial judge highlighted as being

[48] Le paragraphe 24(1) exige que le SCC veille, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu’il utilise concernant les délinquants soient exacts, et non qu’il prenne toutes les mesures possibles à cette fin. Ce en quoi consiste « la mesure du possible » pour l’application du par. 24(1) de la *LSCMLC* varie selon le contexte. Le dossier étaye amplement la conclusion du juge du procès selon laquelle le SCC n’a pas pris les mesures raisonnables qui s’imposaient eu égard aux circonstances particulières de l’espèce.

[49] Le juge du procès a fait observer que le SCC savait depuis longtemps qu’on se préoccupait de la possibilité que les outils d’évaluation psychologique et les tests actuariels soient empreints d’un préjugé culturel. D’ailleurs, ce sont ces préoccupations qui ont effectivement poussé le SCC à mener des recherches sur la validité de l’utilisation de certains outils actuariels (mais pas des outils contestés) à l’égard de délinquants autochtones et à ne plus utiliser ces autres outils à l’endroit des détenus autochtones. Dans *Ewert c. Canada (Procureur général)*, 2008 CAF 285, la Cour d’appel fédérale a également envisagé la conduite de telles recherches. Des recherches sur la validité d’au moins certains des outils contestés utilisés à l’égard de membres de minorités culturelles ont aussi été menées dans d’autres ressorts.

[50] Le juge du procès a toutefois conclu que le SCC n’avait rien fait pour confirmer la validité des outils contestés et qu’il avait continué à les utiliser sans réserve à l’égard des délinquants autochtones, et ce, même s’il aurait pu, malgré les difficultés de l’exercice, mener de telles recherches. Le juge du procès a ainsi conclu que l’omission du SCC de faire *quoi ce que soit* pour s’assurer de la validité des outils contestés à l’égard des délinquants autochtones ne respectait pas l’obligation légale énoncée au par. 24(1) de la *LSCMLC*.

[51] Le principe de fonctionnement énoncé à l’al. 4g) de la *LSCMLC*, que le juge du procès a estimé particulièrement pertinent pour son examen, étaye aussi la conclusion selon laquelle, par son inaction à cet égard, le SCC n’a pas pris les

of particular relevance to his inquiry. That provision reads as follows:

Principles that guide Service

4 The principles that guide the Service in achieving the purpose referred to in section 3 are as follows:

...

(g) correctional policies, programs and practices respect gender, ethnic, cultural and linguistic differences and are responsive to the special needs of women, aboriginal peoples, persons requiring mental health care and other groups;

[52] This is the first opportunity this Court has had to consider the interpretation and application of s. 4(g) of the *CCRA*. The inquiry into its meaning must be guided by the modern approach to statutory interpretation I discussed above in relation to s. 24(1) of the *CCRA*.

[53] In my view, the application of that approach leads to the conclusion that the principle set out in s. 4(g) of the *CCRA* can only be understood as a direction from Parliament to the CSC to advance substantive equality in correctional outcomes for, among others, Indigenous offenders. Section 4(g) represents an acknowledgement of the systemic discrimination faced by Indigenous persons in the Canadian correctional system. This is a long-standing concern, and one that has become more, not less, pressing since s. 4(g) was enacted. In these circumstances, it is critical that the CSC give meaningful effect to s. 4(g) in performing all of its functions. In the context of the present case, giving meaningful effect to s. 4(g) means, at a minimum, addressing the long-standing, and credible, concern that continuing to use the impugned risk assessments in evaluating Indigenous inmates perpetuates discrimination and contributes to the disparity in correctional outcomes between Indigenous and non-Indigenous offenders.

mesures raisonnables requises. L'alinéa 4g) est ainsi libellé :

Principes de fonctionnement

4 Le Service est guidé, dans l'exécution du mandat visé à l'article 3, par les principes suivants :

...

g) ses directives d'orientation générale, programmes et pratiques respectent les différences ethniques, culturelles et linguistiques, ainsi qu'entre les sexes, et tiennent compte des besoins propres aux femmes, aux autochtones, aux personnes nécessitant des soins de santé mentale et à d'autres groupes;

[52] C'est la première fois que notre Cour a la possibilité d'examiner l'interprétation et l'application de l'al. 4g) de la *LSCMLC*. Pour cerner le sens de cette disposition, il convient de recourir à la méthode moderne d'interprétation des lois dont j'ai parlé précédemment au sujet du par. 24(1) de la *LSCMLC*.

[53] À mon avis, le recours à cette méthode nous amène à conclure que l'unique interprétation possible du principe énoncé à l'al. 4g) de la *LSCMLC* est la suivante : le législateur enjoint au SCC de progresser vers l'égalité réelle des résultats correctionnels en ce qui concerne notamment les délinquants autochtones. Le législateur reconnaît à l'al. 4g) la discrimination systémique vécue par les Autochtones au sein du système correctionnel canadien. Cette préoccupation de longue date est devenue plus urgente depuis l'adoption de l'al. 4g). Dans ces circonstances, il est essentiel que le SCC donne véritablement effet à l'al. 4g) dans l'exercice de toutes ses fonctions. Dans le contexte de la présente affaire, cela veut dire que le SCC doit au moins essayer de répondre aux inquiétudes valables et de longue date selon lesquelles la poursuite de l'utilisation des évaluations du risque contestées à l'égard des détenus autochtones perpétue la discrimination et contribue à la disparité des résultats correctionnels entre les délinquants autochtones et les délinquants non autochtones.

[54] It is evident from the grammatical and ordinary sense of the words of s. 4(g) that this provision requires the CSC to ensure that its practices, however neutral they may appear to be, do not discriminate against Indigenous persons. The requirement that the CSC respect differences and be responsive to the special needs of various groups reflects the long-standing principle of Canadian law that substantive equality requires more than simply equal treatment and that, indeed, “identical treatment may frequently produce serious inequality”: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 164-65. Although s. 4(g) is not limited to Indigenous persons, the fact that the provision specifically adverts to the needs of Indigenous persons, as well as of women and persons requiring mental health care, indicates that, in Parliament’s view, those groups are among the most vulnerable to discrimination in the correctional system.

[55] The legislative history of the *CCRA* supports the view that s. 4(g) mandates the CSC to pursue substantive equality in correctional outcomes by respecting the unique needs of equity-seeking groups, and in particular those of Indigenous persons. A guiding principle similar to the one now found in s. 4(g) was among the proposals originally set out in a federal government green paper entitled *Directions for Reform: A Framework for Sentencing Corrections and Conditional Release* (1990): see Canada, Solicitor General, *Towards a Just, Peaceful and Safe Society: The Corrections and Conditional Release Act Five Years Later — Consolidated Report* (1998), at pp. ii and 7; *House of Commons Debates*, vol. IV, 3rd Sess., 34th Parl., November 4, 1991, at pp. 4430-31 (Hon. Doug Lewis). One of the concerns identified in *Directions for Reform* was that although the correctional system had shortcomings even in “managing a homogenous population of offenders” (p. 10), the function to which it was geared, its shortcomings were even more acute for women, Indigenous persons, racialized persons, persons with mental health issues and other distinct groups. The authors acknowledged that the profound effects of this disparity called into question the very effectiveness, fairness and even-handedness of the corrections system, and they called for reforms to promote equity and predictability in the system and in decisions

[54] Il ressort du sens grammatical et ordinaire des mots de l’al. 4g) que le SCC doit s’assurer que ses pratiques — aussi neutres semblent-elles — ne sont pas discriminatoires à l’endroit des Autochtones. L’exigence que le SCC respecte les différences et réponde aux besoins propres à divers groupes témoigne du principe bien établi en droit canadien selon lequel l’égalité réelle requiert plus qu’une simple égalité de traitement et qu’en fait, « un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités » : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 164-165. L’alinéa 4g) ne vise pas uniquement les Autochtones, mais le fait que la disposition renvoie expressément à leurs besoins ainsi qu’à ceux des femmes et des personnes nécessitant des soins de santé mentale indique que le législateur perçoit ces groupes comme parmi les plus susceptibles de faire l’objet de discrimination dans le système correctionnel.

[55] L’historique législatif de la *LSCMLC* appuie le point de vue selon lequel l’al. 4g) prescrit au SCC de viser l’égalité réelle des résultats correctionnels en respectant les besoins propres aux groupes en quête d’équité, et en particulier ceux des Autochtones. Un principe de fonctionnement semblable à celui qui figure maintenant à l’al. 4g) se trouvait parmi les propositions initialement formulées par le gouvernement fédéral dans le livre vert intitulé *Vers une réforme : Un cadre pour la détermination de la peine, les affaires correctionnelles et la mise en liberté sous condition* (1990) (voir Canada, Solliciteur général, *Pour une société juste, paisible et sûre : La Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition cinq ans plus tard — Rapport global* (1998), p. ii et 7; *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 3^e sess., 34^e lég., 4 novembre 1991, p. 4430-4431 (l’hon. Doug Lewis)). Une des sources de préoccupation relevées dans le document intitulé *Vers une réforme* était que si le système correctionnel accusait des lacunes même dans la « gestion d’une population homogène de délinquants » (p. 13), en fonction de laquelle il était conçu, ces lacunes étaient encore plus graves dans le cas des femmes, des Autochtones, des membres de groupes ethniques, des personnes atteintes de troubles mentaux et d’autres groupes distincts. Les auteurs du document ont reconnu que les profondes répercussions de cette

made about individual offenders: pp. 10 and 15, see also pp. 6-7.

[56] In *Directions for Reform*, the over-representation of Indigenous persons in the criminal justice system was emphasized as a priority for the federal government. The paper expressed a commitment to ensuring the equitable treatment of Indigenous offenders by all components of that system, including the correctional system. Significantly, the authors explicitly recognized that equitable treatment of Indigenous offenders involves “more than the replication of programs designed for non-Aboriginal offenders”: p. 25. Inequitable treatment of Indigenous offenders in the correctional system and the conditional release process was specifically linked to the issue of Indigenous over-representation in prison populations: p. 11.

[57] The mischief s. 4(g) was intended to remedy informs its interpretation. This mischief is, at least in part, the troubled relationship between Canada’s criminal justice system and its Indigenous peoples. The alienation of Indigenous persons from the Canadian criminal justice system has been well documented. Although this Court has in the past had occasion to discuss this issue most extensively in the context of sentencing and of the interpretation and application of s. 718.2(e) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, it is clear that the problems that contribute to this reality are not limited to the sentencing process. Numerous government commissions and reports, as well as decisions of this Court, have recognized that discrimination experienced by Indigenous persons, whether as a result of overtly racist attitudes or culturally inappropriate practices, extends to all parts of the criminal justice system, including the prison system: see *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at paras. 61-65 and 68; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; Manitoba, Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System*

disparité remettaient en cause l’efficacité du système correctionnel, son équité et son uniformité, et ont réclamé des réformes pour favoriser une plus grande équité et prévisibilité du système et des décisions prises à l’endroit des délinquants : p. 12-13 et 17, voir aussi p. 8-9.

[56] Le document *Vers une réforme* qualifiait la surreprésentation des Autochtones dans le système de justice pénale de priorité pour le gouvernement fédéral et exprimait un engagement de la part de toutes les composantes de ce système, y compris du système correctionnel, à garantir un traitement équitable aux détenus autochtones. Fait important, les auteurs ont explicitement reconnu qu’un traitement équitable des délinquants autochtones nécessite « plus que la simple application de programmes conçus pour des non-autochtones » : p. 28. Ils ont expressément lié le traitement inéquitable des délinquants autochtones dans le système correctionnel et dans le processus de mise en liberté sous condition à la surreprésentation des Autochtones au sein de la population carcérale : p. 14.

[57] La situation problématique à laquelle l’al. 4g) visait à remédier nous éclaire sur l’interprétation de cette disposition. Ce problème consiste, du moins en partie, en la relation trouble entre le système de justice pénale et les peuples autochtones du Canada. Le sentiment d’aliénation des Autochtones à l’endroit du système canadien de justice pénale est bien documenté. Notre Cour a déjà eu l’occasion d’analyser cette question de manière fort approfondie sous l’angle de la détermination de la peine et de l’interprétation et l’application de l’al. 718.2e) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, mais il est manifeste que les problèmes à l’origine de cet état de fait ne se limitent pas au processus de détermination de la peine. Il a été reconnu dans un grand nombre de commissions gouvernementales et de rapports, ainsi que dans des décisions de notre Cour que la discrimination subie par les Autochtones, qu’elle soit le résultat d’attitudes ouvertement racistes ou de pratiques inappropriées sur le plan culturel, s’étend à l’ensemble du système de justice pénale, y compris au système carcéral : voir *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 61-65 et 68; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; Manitoba, Public Inquiry into the Administration of Justice

and Aboriginal People (1991), pp. 431-73; Canada, Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada* (1996); Canada, *Commission of Inquiry into Certain Events at the Prison for Women in Kingston* (1996), at pp. 219-23.

[58] Parliament has recognized an evolving societal consensus that these problems must be remedied by accounting for the unique systemic and background factors affecting Indigenous peoples, as well as their fundamentally different cultural values and world views. In the sentencing context, this recognition is embodied in s. 718.2(e) of the *Criminal Code*, which directs sentencing judges “to undertake the process of sentencing aboriginal offenders differently, in order to endeavour to achieve a truly fit and proper sentence”: *Gladue*, at para. 33. Given this social context, the clear direction in s. 4(g) of the *CCRA* to respect cultural and linguistic differences, together with the provisions dealing specifically with Indigenous inmates in ss. 80 through 84, should be understood to be the means by which Parliament chose to address this broader problem in the correctional context.

[59] Indeed, the purpose of the correctional system set out in the *CCRA* cannot be fully achieved without giving effect to the guiding principle set out in s. 4(g). The CSC must provide for the humane custody of offenders, using measures that are limited to what is necessary and proportionate: *CCRA*, ss. 3(a) and 4(c). It must also assist in their rehabilitation and their reintegration into the community in order to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society: *CCRA*, ss. 3 and 3.1. To achieve these objectives relative to Indigenous offenders, the CSC must ensure that its policies and programs are appropriate for Indigenous offenders and responsive to their needs and circumstances, including needs and circumstances that differ from those of non-Indigenous offender populations. For the correctional system, like the criminal justice system

and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), p. 431-473; Canada, Commission royale sur les peuples autochtones, *Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada* (1996); Canada, *Commission d'enquête sur certains événements survenus à la Prison des femmes de Kingston* (1996), p. 238-243.

[58] Le législateur a reconnu l'existence d'un consensus en évolution dans la société sur le besoin de résoudre ces problèmes en tenant compte des facteurs systémiques et contextuels particuliers qui touchent les peuples autochtones, ainsi que de leurs valeurs culturelles et de leur vision du monde fondamentalement différentes. Dans le contexte de la détermination de la peine, cette reconnaissance est exprimée à l'al. 718.2e) du *Code criminel*, qui enjoint aux juges de la peine « d'aborder différemment le processus de détermination de la peine à l'égard des délinquants autochtones, pour en arriver à une peine véritablement adaptée et appropriée » : *Gladue*, par. 33. Vu ce contexte social, la directive claire donnée à l'al. 4g) de la *LSCMLC* de respecter les différences culturelles et linguistiques, à laquelle s'ajoutent les dispositions traitant expressément des détenus autochtones (art. 80 à 84), devraient être considérées comme le moyen choisi par le législateur pour s'attaquer à ce problème plus vaste dans le domaine correctionnel.

[59] En fait, l'objet du système correctionnel énoncé dans la *LSCMLC* ne peut être pleinement atteint si on ne donne pas effet au principe de fonctionnement formulé à l'al. 4g). Le SCC doit assurer la détention humaine de délinquants par des mesures de garde qui ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire et proportionnel (*LSCMLC*, al. 3a) et 4c)). Il doit aussi aider à la réadaptation des délinquants et à leur réinsertion sociale pour contribuer au maintien d'une société juste, vivant en paix et en sécurité (*LSCMLC*, art. 3 et 3.1). Pour réaliser ces objectifs à l'égard des délinquants autochtones, le SCC doit veiller à ce que ses directives d'orientation générale et programmes soient appropriés pour eux et adaptés à leurs besoins et à leur situation, y compris aux besoins et situations différents de ceux des délinquants non autochtones. Pour que le système correctionnel,

as a whole, to operate fairly and effectively, those administering it must abandon the assumption that all offenders can be treated fairly by being treated the same way.

[60] Two and a half decades have passed since this principle in s. 4(g) was incorporated into the *CCRA*. Nonetheless, there is nothing to suggest that the situation has improved in the realm of corrections. Recent reports indicate that the gap between Indigenous and non-Indigenous offenders has continued to widen on nearly every indicator of correctional performance. For example, relative to non-Indigenous offenders, Indigenous offenders are more likely to receive higher security classifications, to spend more time in segregation, to serve more of their sentence behind bars before first release, to be under-represented in community supervision populations, and to return to prison on revocation of parole: Canada, Office of the Correctional Investigator, *Spirit Matters: Aboriginal People and the Corrections and Conditional Release Act: Final Report* (2012); Canada, Office of the Correctional Investigator, *Annual Report 2015-2016* (2016), at pp. 43-44; Canada, Office of the Auditor General, *2016 Fall Reports of the Auditor General of Canada: Report 3 — Preparing Indigenous Offenders for Release — Correctional Service Canada* (2016).

[61] It is thus clear that the concerns that motivated the incorporation of the principle set out in s. 4(g) into the *CCRA* are no less relevant today than they were when the *CCRA* was enacted. In the face of ongoing disparities in correctional outcomes for Indigenous offenders, it is crucial, to ensure that the correctional system functions fairly and effectively, that the direction set out in s. 4(g) be given meaningful effect. Although many factors contributing to the broader issue of Indigenous over-incarceration and alienation from the criminal justice system are beyond the CSC's control, there are many matters *within* its control that could mitigate these pressing societal problems: see *Spirit Matters*, at pp. 6 and

comme l'ensemble du système pénal, fonctionne de manière équitable et efficace, ses administrateurs doivent cesser de présumer que tous les délinquants peuvent être traités équitablement en étant traités de la même façon.

[60] Cela fait maintenant deux décennies et demie que ce principe figurant à l'al. 4g) a été inséré dans la *LSCMLC*. Or, rien ne porte à croire que la situation s'est améliorée au sein du système correctionnel. Des rapports récents indiquent que l'écart n'a cessé de se creuser entre les délinquants autochtones et les délinquants non autochtones pour presque chaque indicateur de rendement correctionnel. À titre d'exemple, les délinquants autochtones sont plus susceptibles que les autres délinquants de se voir attribuer une cote de sécurité de niveau supérieur, de passer plus de temps en isolement, de passer une plus grande partie de leur peine derrière les barreaux avant leur première mise en liberté, d'être sous-représentés parmi les délinquants sous surveillance dans la collectivité et d'être incarcérés de nouveau si leur libération conditionnelle est révoquée : Canada, Bureau de l'enquêteur correctionnel, *Une question de spiritualité : Les Autochtones et la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition : rapport final* (2012); Canada, Bureau de l'enquêteur correctionnel, *Rapport annuel 2015-2016* (2016), p. 48-49; Canada, Bureau du vérificateur général, *Automne 2016 — Rapports du vérificateur général du Canada : Rapport 3 — La préparation des détenus autochtones à la mise en liberté — Service correctionnel Canada* (2016).

[61] Il est donc évident que les préoccupations ayant motivé l'incorporation du principe énoncé à l'al. 4g) dans la *LSCMLC* sont toujours aussi pertinentes aujourd'hui que lors de l'adoption de cette loi. Vu les écarts persistants dans les résultats correctionnels des délinquants autochtones, il est crucial qu'on donne utilement effet à la directive formulée à l'al. 4g) pour assurer le fonctionnement équitable et efficace du système correctionnel. Bien que de nombreux facteurs contribuant au problème plus vaste de la surincarcération des Autochtones et à leur aliénation par rapport au système de justice pénale échappent à la volonté du SCC, nombreux sont les leviers *dont* il a le contrôle qui pourraient atténuer

13. Taking reasonable steps to ensure that the CSC uses assessment tools that are free of cultural bias would be one.

[62] Against this backdrop of the purposes of s. 4(g) of the *CCRA*, I will now turn to how this provision can inform the inquiry into what was required of the CSC in the context of this case. In my view, both the clear direction expressed in s. 4(g) and the underlying rationale for that direction strongly support the conclusion that the CSC's inaction with respect to the concerns raised about the risk assessment instruments at issue in this appeal fell short of what s. 24(1) of the *CCRA* required it to do.

[63] The trial judge found that the impugned tools were susceptible to cultural bias. He also found that, although the CSC was aware of this concern, it had not conducted any research to confirm the validity of the tools when used in respect of Indigenous inmates. The CSC failed to address a concern that the psychological and risk information generated by these tools — information that influences the CSC's decisions — may be less accurate in the case of Indigenous inmates. This failure is contrary to the direction set out in s. 4(g) that correctional practices must respect cultural and linguistic differences.

[64] The failure to inquire into the validity of the impugned tools also risked undermining the purposes of s. 4(g) and of the *CCRA* as a whole. The trial judge found that scores derived from the impugned tools were considered in CSC decisions on key aspects of Mr. Ewert's incarceration, including those related to his security classification, to escorted temporary absences and to parole. The trial judge's findings therefore show that these tools are used for a variety of purposes, including in areas in which Indigenous inmates reportedly lag behind non-Indigenous inmates.

ces problèmes sociétaux pressants (voir *Une question de spiritualité*, p. 6 et 14). Par exemple, le SCC pourrait s'assurer, dans la mesure du possible, d'utiliser des outils d'évaluation exempts de préjugé culturel.

[62] C'est sur cette toile de fond des objectifs fixés à l'al. 4g) de la *LSCMLC* que j'examinerai maintenant la façon dont cette disposition peut éclairer l'analyse de l'obligation dont devait s'acquitter le SCC en l'espèce. À mon avis, tant la directive claire donnée à l'al. 4g) que les raisons qui ont motivé son adoption étayent fortement la conclusion que le SCC a manqué à son obligation aux termes du par. 24(1) de la *LSCMLC*, vu son inaction quant aux préoccupations soulevées à propos des outils d'évaluation du risque en litige dans le présent pourvoi.

[63] Le juge du procès a conclu que les outils contestés étaient susceptibles d'être empreints d'un préjugé culturel. Il a aussi conclu que le SCC, bien qu'étant conscient de cette source de préoccupation, n'avait mené aucune recherche pour confirmer la validité des outils à l'égard des détenus autochtones. Le SCC n'a pas cherché à apaiser la crainte que les renseignements générés par ces outils d'évaluation psychologique et du risque — renseignements qui ont une incidence sur les décisions du SCC — puissent être moins exacts dans le cas des délinquants autochtones. Son inaction à cet égard est contraire à la directive donnée à l'al. 4g) voulant que les pratiques correctionnelles doivent respecter les différences culturelles et linguistiques.

[64] L'omission de vérifier la validité des outils contestés risquait aussi de compromettre la réalisation des objectifs de l'al. 4g) et de la *LSCMLC* dans son ensemble. Le juge du procès a conclu que les résultats obtenus à partir des outils contestés ont été examinés par le SCC pour prendre des décisions au sujet de plusieurs aspects clés de l'incarcération de M. Ewert, dont ceux relatifs à sa cote de sécurité, à la possibilité qu'on lui accorde la permission de sortir avec escorte et à son admissibilité à une libération conditionnelle. Les conclusions du juge du procès démontrent donc que ces outils sont utilisés à diverses fins, y compris pour des matières à l'égard desquelles les détenus autochtones accuseraient un retard par rapport aux détenus non autochtones.

[65] Thus, the clear danger posed by the CSC's continued use of assessment tools that may overestimate the risk posed by Indigenous inmates is that it could unjustifiably contribute to disparities in correctional outcomes in areas in which Indigenous offenders are already disadvantaged. For example, if the impugned tools overestimate the risk posed by Indigenous inmates, such inmates may experience unnecessarily harsh conditions while serving their sentences, including custody in higher security settings and unnecessary denial of parole. Overestimation of the risk may also contribute to reduced access to rehabilitative opportunities, such as a loss of the opportunity to benefit from a gradual and structured release into the community on parole before the expiry of a fixed-term sentence. Another effect of an overestimation of the risk is that it could bar an inmate from participation in Indigenous-specific programming that is contingent on an offender having a low security classification or being eligible for an escorted temporary absence: see generally *Spirit Matters*, at pp. 3-4 and 29; *Annual Report 2015-2016*, at p. 44. Thus, any overestimation of the risk posed by Indigenous offenders would undermine the purpose of s. 4(g) of the *CCRA* of promoting substantive equality in correctional outcomes for Indigenous inmates and would also frustrate the correctional system's legislated purpose of providing humane custody and assisting in the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community.

[66] Given this context, it is crucial that the CSC heed the directive set out in s. 4(g) of the *CCRA*, the effect of which is that the CSC's practices must not perpetuate systemic discrimination against Indigenous persons. In the context of the case at bar, this required, at the very least, that the CSC take seriously the credible concerns that have been repeatedly raised according to which information derived from the impugned tools is of questionable validity with respect to Indigenous inmates because the tools fail to account for cultural differences. By disregarding the possibility that these tools are systematically disadvantaging Indigenous offenders and by failing to

[65] En conséquence, il semble évident qu'en continuant d'utiliser des outils d'évaluation qui peuvent surestimer le risque posé par les détenus autochtones, le SCC pourrait contribuer de façon injustifiable aux disparités dans les résultats correctionnels sur des matières à l'égard desquelles les détenus autochtones sont déjà désavantagés. À titre d'exemple, si les outils contestés exagèrent le risque posé par les détenus autochtones, ces derniers peuvent se faire imposer des conditions inutilement difficiles. Ils pourraient ainsi être détenus dans des établissements à sécurité plus élevée que nécessaire et se voir refuser inutilement une libération conditionnelle. La surestimation du risque peut aussi avoir pour conséquence de diminuer l'accès aux possibilités de réadaptation, comme la perte de l'occasion de bénéficier d'une mise en liberté sous condition graduelle et structurée dans la communauté avant l'expiration d'une peine à durée déterminée. Une surévaluation du risque pourrait également empêcher un détenu de participer à des programmes réservés aux délinquants autochtones ayant une cote de sécurité faible ou qui sont admissibles à des sorties avec escorte (voir, de façon générale, *Une question de spiritualité*, p. 3-4 et 33; *Rapport annuel 2015-2016*, p. 49). Ainsi, toute surestimation du risque posé par des détenus autochtones compromettrait, d'une part, la réalisation de l'objectif fixé à l'al. 4g) de la *LSCMLC* de favoriser l'égalité réelle dans les résultats correctionnels des détenus autochtones et contrecarrerait, d'autre part, l'objectif confié par la loi au système correctionnel de prendre des mesures de garde humaines et d'aider à la réadaptation des délinquants et à leur réinsertion sociale.

[66] Dans ce contexte, il est crucial que le SCC prenne note de la directive énoncée à l'al. 4g) de la *LSCMLC* et donc que les pratiques du SCC ne perpétuent pas la discrimination systémique à l'endroit des Autochtones. En l'espèce, le SCC devait à tout le moins prendre au sérieux les préoccupations crédibles, maintes fois soulevées, sur la validité douteuse des renseignements obtenus à partir des outils contestés concernant les détenus autochtones parce que ces outils ne tiennent pas compte des différences culturelles. En faisant fi de la possibilité que ces outils désavantagent systématiquement les délinquants autochtones et en

take any action to ensure that they generate accurate information, the CSC fell short of what it is required to do under s. 24(1) of the *CCRA*.

[67] Although this Court is not now in a position to define with precision what the CSC must do to meet the standard set out in s. 24(1) in these circumstances, what is required, at a minimum, is that if the CSC wishes to continue to use the impugned tools, it must conduct research into whether and to what extent they are subject to cross-cultural variance when applied to Indigenous offenders. Any further action the standard requires will depend on the outcome of that research. Depending on the extent of any cross-cultural variance that is discovered, the CSC may have to cease using the impugned tools in respect of Indigenous inmates, as it has in fact done with other actuarial tools in the past. Alternatively, the CSC may need to qualify or modify the use of the tools in some way to ensure that Indigenous inmates are not prejudiced by their use.

B. *Did the CSC's Reliance on Results Generated by the Impugned Tools Constitute an Unjustified Infringement of Mr. Ewert's Rights Under Section 7 of the Charter?*

[68] To establish that a law or a government action violates s. 7 of the *Charter*, a claimant must show that the law or action interferes with, or deprives him or her of, life, liberty or security of the person and that the deprivation is not in accordance with the principles of fundamental justice: *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 55.

[69] In this Court, Mr. Ewert argues that the trial judge was correct to find that the CSC's use of the impugned tools deprived him of liberty and security of the person in a way that was contrary to the principles of fundamental justice prohibiting arbitrariness and overbreadth. In the alternative, he submits that this Court should recognize a new principle of fundamental justice — that the state must obey the law — and should find that the CSC's use of the impugned tools was contrary to

omettant de prendre des mesures pour s'assurer qu'ils génèrent des renseignements exacts, le SCC a manqué à l'obligation qui lui incombe suivant le par. 24(1) de la *LSCMLC*.

[67] Notre Cour n'est pas aujourd'hui en mesure de définir avec précision ce que le SCC doit faire en l'occurrence pour respecter la norme énoncée au par. 24(1), mais s'il veut continuer à se servir des outils contestés, il doit à tout le moins mener des recherches pour savoir si, et le cas échéant dans quelle mesure, ces outils sont susceptibles de donner lieu à de la variance interculturelle lorsqu'on les utilise à l'égard de délinquants autochtones. Toute autre mesure nécessaire au regard de la norme dépendra du résultat de ces recherches. Selon l'étendue de la variance interculturelle constatée, le SCC pourrait devoir cesser d'utiliser les outils contestés à l'égard des détenus autochtones, comme il l'a d'ailleurs déjà fait pour d'autres outils actuariels. Subsidièrement, le SCC pourrait devoir modifier la façon dont il se sert des outils pour s'assurer que leur utilisation ne porte pas préjudice aux détenus autochtones.

B. *L'utilisation par le SCC des résultats produits par les outils contestés constitue-t-elle une atteinte injustifiée aux droits garantis à M. Ewert par l'art. 7 de la Charte?*

[68] Pour établir qu'une loi ou mesure gouvernementale viole l'art. 7 de la *Charte*, le demandeur doit démontrer qu'elle porte atteinte à sa vie, à sa liberté ou à la sécurité de sa personne, ou l'en prive et que la privation n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 55).

[69] M. Ewert soutient devant notre Cour que le juge du procès a eu raison de conclure que l'utilisation par le SCC des outils contestés l'a privé de sa liberté et de la sécurité de sa personne contrairement aux principes de justice fondamentale qui interdisent l'arbitraire et la portée excessive. Subsidièrement, il ajoute que notre Cour devrait reconnaître un nouveau principe de justice fondamentale — l'obligation de l'État de respecter la loi — et devrait conclure que l'utilisation des outils contestés par le SCC était

that principle because it constituted a breach of s. 24(1) of the *CCRA*.

[70] Assuming, although I will not so decide, that the CSC's reliance on the impugned tools in making decisions about Mr. Ewert engaged a liberty interest or security of the person interest protected by s. 7 of the *Charter*, I conclude that Mr. Ewert has not established that the CSC's reliance on the tools violated the principle of fundamental justice against arbitrariness or that against overbreadth. I also conclude that Mr. Ewert has not established that this Court should recognize a new principle of fundamental justice in this case. Therefore, Mr. Ewert has not established an infringement of his rights under s. 7 of the *Charter*.

- (1) Mr. Ewert Has Not Established That the CSC's Reliance on the Impugned Tools Violated the Prohibition Against Arbitrariness or That Against Overbreadth

[71] This Court discussed the prohibitions against arbitrariness and overbreadth as principles of fundamental justice in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paras. 107 and 111-13 (citations omitted):

Although there is significant overlap between these three principles, and one law may properly be characterized by more than one of them, arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality remain three distinct principles that stem from what Hamish Stewart calls “failures of instrumental rationality” — the situation where the law is “inadequately connected to its objective or in some sense goes too far in seeking to attain it” As Peter Hogg has explained:

The doctrines of overbreadth, disproportionality and arbitrariness are all at bottom intended to address what Hamish Stewart calls “failures of instrumental rationality”, by which he means that the Court accepts the legislative objective, but scrutinizes the policy instrument enacted as the means to achieve the objective. If the policy instrument is not a rational means to achieve the objective, then the law is dysfunctional in terms of its own objective.

contraire à ce principe parce qu'elle constituait une violation du par. 24(1) de la *LSCMLC*.

[70] Bien que ce ne soit pas la conclusion à laquelle je parviendrai, en supposant que le SCC a fait intervenir un droit de M. Ewert à la liberté ou à la sécurité de sa personne protégé par l'art. 7 de la *Charte* en se fondant sur les outils contestés pour prendre des décisions à son sujet, je conclus que M. Ewert n'a pas établi que le recours aux outils par le SCC violait le principe de justice fondamentale interdisant l'arbitraire ou celui interdisant la portée excessive. Je conclus aussi que M. Ewert n'a pas démontré que notre Cour devrait reconnaître un nouveau principe de justice fondamentale dans la présente affaire. En conséquence, M. Ewert n'a pas établi une atteinte aux droits que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*.

- (1) M. Ewert n'a pas établi que l'utilisation par le SCC des outils contestés contrevenait à l'interdiction de l'arbitraire ou à celle de la portée excessive

[71] Notre Cour a décrit les interdictions de l'arbitraire et de la portée excessive comme des principes de justice fondamentale dans *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 107 et 111-113 (renvois omis) :

Bien qu'il y ait un chevauchement important entre le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale, et que plus d'une de ces trois notions puissent bel et bien s'appliquer à une disposition, il demeure que les trois correspondent à des principes distincts qui découlent de ce que Hamish Stewart appelle un [TRADUCTION] « manque de logique fonctionnelle », à savoir que la disposition « n'est pas suffisamment liée à son objectif ou, dans un certain sens, qu'elle va trop loin pour l'atteindre » [. . .] Peter Hogg explique :

[TRADUCTION] Les principes liés à la portée excessive, à la disproportion et au caractère arbitraire visent tous au fond à pallier ce que Hamish Stewart appelle un « manque de logique fonctionnelle », en ce sens que le tribunal reconnaît l'objectif législatif, mais examine le moyen choisi pour l'atteindre. Si ce moyen ne permet pas logiquement d'atteindre l'objectif, la disposition est dysfonctionnelle eu égard à son propre objectif.

Arbitrariness asks whether there is a direct connection between the purpose of the law and the impugned effect on the individual, in the sense that the effect on the individual bears some relation to the law's purpose. There must be a rational connection between the object of the measure that causes the s. 7 deprivation, and the limits it imposes on life, liberty, or security of the person A law that imposes limits on these interests in a way that bears *no connection* to its objective arbitrarily impinges on those interests. . . .

Overbreadth deals with a law that is so broad in scope that it includes *some* conduct that bears no relation to its purpose. In this sense, the law is arbitrary *in part*. At its core, overbreadth addresses the situation where there is no rational connection between the purposes of the law and *some*, but not all, of its impacts. . . .

Overbreadth allows courts to recognize that the law is rational in some cases, but that it overreaches in its effect in others. Despite this recognition of the scope of the law as a whole, the focus remains on the individual and whether the effect on the individual is rationally connected to the law's purpose. For example, where a law is drawn broadly and targets some conduct that bears no relation to its purpose in order to make enforcement more practical, there is still no connection between the purpose of the law and its effect on the *specific individual*. Enforcement practicality may be a justification for an overbroad law, to be analyzed under s. 1 of the *Charter*. [Emphasis in original.]

[72] In the instant case, the trial judge concluded that the CSC had infringed Mr. Ewert's rights under s. 7 of the *Charter*, because its reliance on the impugned tools in making decisions about Indigenous persons was contrary to the principles against arbitrariness and overbreadth. His conclusions on arbitrariness and overbreadth can be considered together, because they were based on the same underlying findings. The trial judge found that the objective of the CSC's decision-making was to "reliably predict an offender's risk of reoffending as accurately as possible in the interests of public safety": para. 96. In this Court, Mr. Ewert does not take issue with this characterization of the relevant objective. The trial judge accepted Dr. Hart's evidence that the impugned tools were susceptible to cultural bias and that there was no evidence that scores generated by those tools predict the risk of recidivism as accurately for

Déterminer qu'une disposition est arbitraire ou non exige qu'on se demande s'il existe un lien direct entre son objet et l'effet allégué sur l'intéressé, s'il y a un certain rapport entre les deux. Il doit exister un lien rationnel entre l'objet de la mesure qui cause l'atteinte au droit garanti à l'art. 7 et la limite apportée au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne [. . .] La disposition qui limite ce droit selon des modalités qui n'ont *aucun lien* avec son objet empiète arbitrairement sur ce droit. . . .

Il y a portée excessive lorsqu'une disposition s'applique si largement qu'elle vise *certain*s actes qui n'ont aucun lien avec son objet. La disposition est alors *en partie* arbitraire. Essentiellement, la situation en cause est celle où il n'existe aucun lien rationnel entre les objets de la disposition et *certain*s de ses effets, mais pas tous. . . .

L'application de la notion de portée excessive permet au tribunal de reconnaître qu'une disposition est rationnelle sous certains rapports, mais que sa portée est trop grande sous d'autres. Malgré la prise en compte de la portée globale de la disposition, l'examen demeure axé sur l'intéressé et sur la question de savoir si l'effet sur ce dernier a un lien rationnel avec l'objet. Par exemple, lorsqu'une disposition est rédigée de manière générale et vise des comportements qui n'ont aucun lien avec son objet afin de faciliter son application, il n'y a pas non plus de lien entre l'objet de la disposition et son effet sur l'*intéressé*. Faciliter l'application pourrait justifier la portée excessive d'une disposition suivant l'article premier de la *Charte*. [En italique dans l'original.]

[72] Dans l'affaire qui nous occupe, le juge du procès a conclu que le SCC avait porté atteinte aux droits de M. Ewert au titre de l'art. 7 de la *Charte* parce que son utilisation des outils contestés pour prendre des décisions à l'endroit d'Autochtones était contraire aux principes interdisant l'arbitraire et la portée excessive. Ses conclusions sur l'arbitraire et la portée excessive peuvent être examinées conjointement puisqu'elles reposaient sur les mêmes constats sous-jacents. Le juge du procès a estimé que l'objectif des décisions du SCC était de [TRADUCTION] « prédire le risque de récidive d'un délinquant de façon aussi précise que possible afin d'assurer la sécurité du public » (par. 96). M. Ewert ne conteste pas devant la Cour cette description de l'objectif en cause. Le juge du procès a accepté le témoignage de M. Hart selon lequel les outils contestés étaient susceptibles d'être empreints d'un préjugé culturel et que rien ne prouvait que les

Indigenous inmates as for non-Indigenous inmates. In the trial judge's view, two conclusions flowed from these findings. First, given the absence of evidence of accuracy, the CSC's continued use of the impugned tools in respect of Indigenous offenders was inconsistent with the objective of predicting the risk posed by offenders and was therefore arbitrary. Second, because the CSC's reliance on the impugned tools with respect to Indigenous offenders was arbitrary but its reliance on them with respect to non-Indigenous offenders was unobjectionable, its practice of using those tools for the entire inmate population without distinguishing between Indigenous and non-Indigenous inmates was overbroad.

[73] The trial judge reasonably concluded that, given the concerns relating to cultural bias, it was problematic for the CSC to continue to use the impugned tools without qualification or caution. Be that as it may, to establish arbitrariness or overbreadth, Mr. Ewert had to show on a balance of probabilities that the CSC's practice of using the impugned tools with respect to Indigenous offenders had no rational connection to the relevant government objective. The fact that a government practice is in some way unsound or that it fails to further the government objective as effectively as a different course of action would is not sufficient to establish that the government practice is arbitrary. The finding that there is uncertainty about the extent to which the tests are accurate when applied to Indigenous offenders is not sufficient to establish that there is no rational connection between reliance on the tests and the relevant government objective. Indeed, taken at its highest, Dr. Hart's expert evidence does not support a finding that there is no such rational connection. Dr. Hart testified that the tools were susceptible to cultural bias. But when asked directly about the likely magnitude of any cultural bias, he was unable to say: he suggested the bias might be relatively limited and tolerable, but could also be profound and intolerable. In other words, there was no evidence before the trial judge that how the impugned tools operate in the case of Indigenous offenders is likely

résultats générés par ces outils prédisaient le risque de récidive aussi exactement à l'égard des détenus autochtones qu'à l'égard des détenus non autochtones. Selon le juge du procès, deux conclusions pouvaient être tirées de ces constatations. Premièrement, vu l'absence de preuve quant à l'exactitude des renseignements obtenus, l'utilisation continue par le SCC des outils contestés à l'égard des délinquants autochtones était incompatible avec l'objectif de prédiction du risque posé par les délinquants et était donc arbitraire. Deuxièmement, comme l'utilisation des outils contestés par le SCC à l'endroit des délinquants autochtones était arbitraire mais qu'on ne pouvait s'opposer à leur utilisation à l'endroit des autres délinquants, la pratique du SCC consistant à recourir à ces outils à l'égard de la totalité de la population carcérale sans faire de distinction entre les Autochtones et les non-Autochtones avait une portée excessive.

[73] Le juge du procès a raisonnablement conclu qu'il était problématique de la part du SCC de continuer à utiliser les outils contestés sans réserve ou circonspection, compte tenu des préoccupations sur l'existence d'un préjugé culturel. Quoiqu'il en soit, pour établir l'arbitraire ou la portée excessive, M. Ewert devait démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la pratique du SCC consistant à utiliser les outils contestés à l'égard des délinquants autochtones n'avait aucun lien rationnel avec l'objectif pertinent du gouvernement. Pour établir que la pratique du gouvernement est arbitraire, il ne suffit pas de démontrer qu'elle était d'une quelconque façon inadéquate ou qu'elle ne favorisait pas autant l'atteinte de l'objectif du gouvernement qu'une autre façon de faire. La conclusion qu'il subsiste de l'incertitude sur la mesure dans laquelle les résultats des tests sont exacts à l'égard des délinquants autochtones n'est pas suffisante pour établir qu'il n'existe pas de lien rationnel entre le recours aux tests et l'objectif pertinent du gouvernement. En fait, vu sous son jour le plus favorable, le témoignage d'expert de M. Hart n'appuie pas la conclusion selon laquelle il n'y a pas de lien rationnel de ce genre. M. Hart a déclaré que les outils pourraient être empreints d'un préjugé culturel. Toutefois, lorsqu'on l'a interrogé directement sur l'ampleur probable du possible préjugé culturel, il a été incapable de la décrire. Il a répondu que le préjugé pourrait être relativement faible

to be so different from how they operate in the case of non-Indigenous offenders that their use in respect of Indigenous offenders is completely unrelated to the government objective.

[74] This is not to say that the trial judge's findings with respect to the CSC's unqualified reliance on the impugned tests are not troubling. Nevertheless, the onus was on Mr. Ewert to prove that the CSC's impugned practice was arbitrary or overbroad; he has not done so in this case.

(2) Mr. Ewert Has Not Established That This Court Should Recognize a New Principle of Fundamental Justice

[75] Mr. Ewert's primary argument with respect to the breach of his s. 7 rights is based on the alleged arbitrariness and overbreadth of the CSC's practice of relying on the impugned tools, as discussed above. However, he also argues, in the alternative, that the alleged deprivation of his liberty and security of the person interests was contrary to a proposed new principle of fundamental justice: that the state must obey the law. The trial judge found it unnecessary to address the issue of this proposed new principle of fundamental justice.

[76] Mr. Ewert bears the onus of establishing that this principle should be found to exist as a principle of fundamental justice. But he presented no detailed argument on this point and did not directly address how the proposed new principle would meet the test developed by this Court for determining that a principle is one of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter*: see *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3, at para. 46; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 112. He has not established that this Court should recognize this proposed new principle of fundamental justice in the case at bar.

et tolérable, tout autant que profond et intolérable. Autrement dit, le juge du procès ne disposait d'aucune preuve démontrant en quoi le fonctionnement des outils contestés à l'égard des délinquants autochtones peut être si différent de leur fonctionnement à l'égard de délinquants non autochtones que leur utilisation dans le cas des délinquants autochtones n'a rien à voir avec l'objectif du gouvernement.

[74] Cela ne veut pas dire que les conclusions du juge du procès au sujet de l'utilisation sans réserve des outils contestés par le SCC ne sont pas troublantes. Néanmoins, c'est à M. Ewert qu'il incombait de prouver que la pratique contestée du SCC était arbitraire ou avait une portée excessive, ce qu'il n'a pas fait en l'espèce.

(2) M. Ewert n'a pas établi que notre Cour devrait reconnaître un nouveau principe de justice fondamentale

[75] Comme nous l'avons vu, l'argument principal de M. Ewert quant à la violation de ses droits garantis à l'art. 7 repose sur son allégation selon laquelle la pratique du SCC d'utiliser les outils contestés serait arbitraire et aurait une portée excessive. M. Ewert soutient toutefois aussi de façon subsidiaire que la privation alléguée de ses droits à la liberté et à la sécurité de sa personne était contraire à un nouveau principe proposé de justice fondamentale : l'État doit respecter la loi. Le juge du procès a estimé qu'il n'était pas nécessaire de traiter de ce nouveau principe proposé de justice fondamentale.

[76] M. Ewert a le fardeau d'établir que l'on devrait conclure à l'existence de ce principe en tant que principe de justice fondamentale. Or, il n'a présenté aucune argumentation détaillée à ce sujet et n'a pas directement démontré en quoi le nouveau principe proposé satisferait au critère élaboré par notre Cour pour déterminer qu'un principe en est un de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte* (voir *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3, par. 46; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 112). Il n'a pas établi que notre Cour devrait reconnaître en l'espèce que le nouveau principe qu'il propose est un principe de justice fondamentale.

C. *Did the CSC's Reliance on Results Generated by the Impugned Tools Constitute an Unjustified Infringement of Mr. Ewert's Rights Under Section 15 of the Charter?*

[77] At trial, Mr. Ewert argued that the CSC's reliance on the impugned tools infringed his rights under s. 15 of the *Charter*. He submitted in his statement of claim that by using the impugned tools, the CSC was using "reliable or true information" to make decisions about non-Indigenous inmates and "unreliable or false information" to make decisions about Indigenous inmates. This practice, he claimed, led the CSC to mete out harsher treatment and prolonged incarceration to Indigenous inmates.

[78] The trial judge rejected Mr. Ewert's s. 15 claim on the basis that the evidentiary record was not sufficiently developed. The Federal Court of Appeal upheld that conclusion. In this Court, Mr. Ewert argues that the factual findings set out in the trial judge's reasons are sufficient to support this claim.

[79] In my view, Mr. Ewert has not established the infringement of his s. 15 rights that he alleged. As I explained above, the evidence before the trial judge established a risk that the impugned tools are less accurate when applied to Indigenous inmates than when they are applied to non-Indigenous inmates. However, the trial judge did not find, and indeed could not have done so on the evidence before him, that the impugned tools do in fact overestimate the risk posed by Indigenous inmates or lead to harsher conditions of incarceration or to the denial of rehabilitative opportunities because of such an overestimation. I would therefore not disturb the trial judge's conclusion on this issue.

VI. Conclusion and Disposition

[80] The CSC was aware of long-standing concerns as to whether the impugned tools were valid when applied to Indigenous offenders. Yet it continued to rely on the results they produced in making

C. *L'utilisation par le SCC des résultats produits par les outils contestés constitue-t-elle une atteinte injustifiée aux droits garantis à M. Ewert par l'art. 15 de la Charte?*

[77] Au procès, M. Ewert a fait valoir que l'utilisation des outils contestés par le SCC portait atteinte aux droits que lui garantit l'art. 15 de la *Charte*. Dans sa déclaration, il a soutenu qu'en se servant de ces outils, le SCC utilisait des [TRADUCTION] « renseignements fiables ou exacts » pour prendre des décisions au sujet des détenus non autochtones et des « renseignements non fiables ou inexacts » pour prendre des décisions au sujet des détenus autochtones. Il soutient que cette pratique a amené le SCC à infliger aux détenus autochtones un traitement plus dur et à leur imposer une incarcération prolongée.

[78] Le juge du procès a rejeté la prétention de M. Ewert fondée sur l'art. 15 parce que les faits mis en preuve n'étaient pas suffisamment étoffés. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette conclusion. Devant notre Cour, M. Ewert affirme que les conclusions factuelles énoncées dans les motifs du juge du procès sont suffisantes pour étayer sa prétention.

[79] À mon avis, M. Ewert n'a pas démontré une atteinte aux droits que lui garantit l'art. 15. Comme je l'ai expliqué précédemment, la preuve dont disposait le juge du procès établissait que l'utilisation des outils contestés risquait de donner des résultats moins exacts à l'égard des détenus autochtones qu'à l'égard des autres détenus. Le juge du procès n'a cependant pas conclu, et en fait il n'aurait pas pu le faire au vu de la preuve dont il disposait, que les outils contestés surestiment effectivement le risque posé par les détenus autochtones ou mènent à des conditions d'incarcération plus sévères ou à la privation de possibilités de réadaptation en raison d'une telle surévaluation. Je suis donc d'avis de ne pas modifier la conclusion du juge du procès sur ce point.

VI. Conclusion et dispositif

[80] Le SCC était au courant des préoccupations de longue date sur la validité des résultats produits par les outils contestés à l'égard des délinquants autochtones. Or, il a continué de se fier à ces résultats pour

decisions about offenders without inquiring into their validity with respect to Indigenous offenders. This was a breach of the CSC's obligation under s. 24(1) of the *CCRA* to take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate as possible. In these circumstances, it is appropriate for this Court to exercise its discretion to issue a declaration that the CSC has failed to meet its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*.

[81] A declaration is a narrow remedy but one that is available without a cause of action and whether or not any consequential relief is available: *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 143; P. W. Hogg, P. J. Monahan and W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4th ed. 2011), at p. 37; L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (4th ed. 2016), at p. 88; see also *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 64. A court may, in its discretion, grant a declaration where it has jurisdiction to hear the issue, where the dispute before the court is real and not theoretical, where the party raising the issue has a genuine interest in its resolution, and where the respondent has an interest in opposing the declaration sought: see *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99, at para. 11; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at para. 46; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at pp. 830-33.

[82] These criteria are met here. The Federal Court had jurisdiction over the substance of Mr. Ewert's claim: *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 17. The question whether the CSC is required to validate the impugned assessment tools for use with Indigenous inmates is a real, not a theoretical, one that has been the subject of proceedings spanning almost two decades. Mr. Ewert, as an Indigenous individual and an inmate subject to the CSC's decision-making — including decision-making that affects critical aspects of his incarceration such as his security classification and the granting of parole — has

prendre des décisions au sujet des délinquants sans examiner leur validité à l'égard des Autochtones. Cette pratique constituait un manquement du SCC à l'obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC* de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu'il utilise concernant les délinquants soient exacts. Dans ces circonstances, il est opportun que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire pour prononcer un jugement déclaratoire selon lequel le SCC a failli à son obligation aux termes du par. 24(1) de la *LSCMLC*.

[81] Un jugement déclaratoire est une réparation d'une portée restreinte, mais il peut être obtenu sans cause d'action et prononcé, peu importe si une mesure de redressement consécutive peut être accordée (*Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 143; P. W. Hogg, P. J. Monahan et W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4^e éd. 2011), p. 37; L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (4^e éd. 2016), p. 88; voir aussi les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 64). Le tribunal peut, à son gré, prononcer un jugement déclaratoire lorsqu'il a compétence pour entendre le litige, lorsque la question en cause est réelle et non pas simplement théorique, lorsque la partie qui soulève la question a véritablement intérêt à ce qu'elle soit résolue et lorsque l'intimé a intérêt à s'opposer au jugement déclaratoire sollicité (voir *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99, par. 11; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 46; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 830-833).

[82] Ces conditions sont réunies en l'espèce. La Cour fédérale a compétence sur le contenu de l'action intentée par M. Ewert (*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 17). La question de savoir si le SCC est tenu de valider les outils d'évaluation contestés utilisés auprès des détenus autochtones est réelle et non pas simplement théorique, et a fait l'objet de procédures pendant près de deux décennies. M. Ewert, en tant qu'Autochtone et détenu assujéti au processus décisionnel du SCC (qui comprend le processus décisionnel ayant une incidence sur les aspects clés de son incarcération, comme sa cote de

a genuine interest in the resolution of this question. Finally, the federal Crown, and its representative, the Commissioner of the CSC, are proper parties to oppose the declaration.

[83] A declaration is a discretionary remedy. Like other discretionary remedies, declaratory relief should normally be declined where there exists an adequate alternative statutory mechanism to resolve the dispute or to protect the rights in question: see D. J. M. Brown and J. M. Evans, with the assistance of D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at topic 1:7330. Here, the grievance procedure created by s. 90 of the *CCRA* arguably provides an alternative means by which Mr. Ewert could challenge the CSC's compliance with the obligation in s. 24(1) of the *CCRA*. It may be that in most cases, the existence of this statutory grievance mechanism would be a reason to decline to grant a declaration. However, in the exceptional circumstances of this case, a declaration is warranted.

[84] These exceptional circumstances include the fact that Mr. Ewert has already used the statutory grievance mechanism to raise his concerns about the CSC's use of actuarial assessment tools on Indigenous inmates. It cannot be said, based on the events that followed, that the grievance mechanism was effective in resolving the issues raised by Mr. Ewert.

[85] Beginning in April 2000, Mr. Ewert filed a series of grievances complaining about the use of the PCL-R, the VRAG and other assessment tools in respect of Indigenous inmates: *Ewert v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 13, 306 F.T.R. 234, at paras. 7-14. In the course of responding to these grievances, the CSC acknowledged that there remained questions about the validity of these tools when applied to Indigenous offenders and stated that it was not aware of any research validating the tools for use with such offenders. However, despite

sécurité et la décision de lui accorder une libération conditionnelle) a véritablement intérêt à ce que cette question soit résolue. Finalement, la Couronne fédérale et son représentant, le commissaire du SCC, sont des parties habiles à s'opposer au jugement déclaratoire.

[83] Un jugement déclaratoire constitue une réparation discrétionnaire. Comme c'est le cas pour les autres réparations discrétionnaires, le tribunal devrait habituellement refuser de rendre un jugement déclaratoire lorsque la loi prévoit un autre moyen approprié de régler le litige ou de protéger les droits en question (voir D. J. M. Brown et J. M. Evans, avec l'aide de D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), rubrique 1:7330). En l'espèce, on peut soutenir que la procédure de règlement de griefs créée par l'art. 90 de la *LSCMLC* prévoit un autre moyen par lequel M. Ewert pourrait contester la façon dont le SCC s'acquitte de l'obligation énoncée au par. 24(1) de la *LSCMLC*. Il se peut que dans la plupart des cas, l'existence de ce mécanisme de règlement de griefs prévu par la loi constitue un motif de refuser d'accorder un jugement déclaratoire. Cependant, dans les circonstances exceptionnelles de l'espèce, un jugement déclaratoire est justifié.

[84] Ces circonstances exceptionnelles comprennent le fait que M. Ewert s'est déjà prévalu du mécanisme de règlement de griefs prévu par la loi afin d'exprimer ses préoccupations relatives à l'utilisation par le SCC d'outils d'évaluation actuarielle à l'égard de détenus autochtones. On ne saurait affirmer, en raison de l'historique du dossier, que le mécanisme de règlement de griefs a permis de résoudre les questions soulevées par M. Ewert.

[85] À partir d'avril 2000, M. Ewert a déposé une série de griefs dans lesquels il se plaignait de l'utilisation d'outils d'évaluation comme la PCL-R et le GERV à l'égard de détenus autochtones (*Ewert c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 13, par. 7-14 (CanLII)). En répondant à ces griefs, le SCC a reconnu qu'il restait à trancher des questions concernant la validité de ces outils à l'égard des détenus autochtones et a indiqué qu'il n'avait été informé d'aucune recherche qui validerait l'utilisation de ces outils à l'endroit de ces délinquants. Cependant,

indicating that it would obtain an opinion on the issue from an independent outside body, the CSC failed to do so. It also failed to otherwise confirm the validity of the tests. In closing Mr. Ewert's grievance in June 2005 — more than five years after he filed his first complaint — the CSC informed him that it was reviewing its intake assessment tools used for Indigenous offenders and that it would take no further action in connection with his grievance until its review was complete.

[86] The fact that a review of the CSC's assessment tools was under way in 2005 was an important factor in the Federal Court's decision to dismiss Mr. Ewert's application for judicial review with respect to the resolution of his grievance: *Ewert* (2007), at paras. 66-67. It was also an important consideration in the Federal Court of Appeal's decision to uphold the dismissal of that application, including on the basis that it was premature: *Ewert* (2008), at paras. 7-8 and 10. In its 2007 decision, the Federal Court urged the CSC to explain to Mr. Ewert the results, if any, of its review. Such an explanation had not yet been provided when Mr. Ewert appealed to the Federal Court of Appeal in 2008 — eight years after he commenced the grievance procedure. Indeed, the trial judge in the present proceeding observed that there was no evidence that the CSC had ever completed the research referred to by the Federal Court in 2007 and anticipated by the Federal Court of Appeal in 2008: para. 72.

[87] Almost two decades have now passed since Mr. Ewert first complained about the use of certain of the impugned assessment tools with respect to Indigenous inmates. In these exceptional circumstances, Mr. Ewert should not be required to begin the grievance process anew in order to determine whether the CSC's continued failure to address the validity of the impugned assessment tools is a breach of its duty under s. 24(1) of the *CCRA*. That it may technically have been open to him to do so should not preclude this Court from exercising its discretion to grant a declaration to this effect.

même s'il a indiqué qu'il obtiendrait un avis sur la question auprès d'un organisme indépendant, le SCC ne l'a pas fait. Il a aussi omis de confirmer d'une autre façon la validité de ces tests. Lorsqu'il a fermé le dossier de grief de M. Ewert en juin 2005, soit plus de cinq ans après le dépôt de sa première plainte, le SCC a informé M. Ewert qu'il était en train d'examiner ses outils d'évaluation destinés aux délinquants autochtones et qu'il ne prendrait aucune autre mesure relativement à sa plainte avant que cet examen ne soit terminé.

[86] Le fait qu'un examen des outils d'évaluation du SCC était en cours en 2005 constituait un facteur important dans la décision de la Cour fédérale de rejeter la demande de contrôle judiciaire de M. Ewert visant le règlement de son grief (*Ewert* (2007), par. 66-67). Ce facteur a aussi été important dans la décision de la Cour d'appel fédérale de confirmer le rejet du grief, notamment pour le motif que la demande de contrôle judiciaire était prématurée (*Ewert* (2008), par. 7-8 et 10 (CanLII)). Dans sa décision de 2007, la Cour fédérale a exhorté le SCC à expliquer à M. Ewert les résultats de son examen, le cas échéant. Pareille explication n'avait toujours pas été donnée à M. Ewert au moment où celui-ci a interjeté appel à la Cour d'appel fédérale en 2008, soit huit ans après avoir intenté la procédure de règlement de griefs. En effet, le juge du procès dans la présente instance a souligné que rien ne prouvait que la recherche dont faisait mention la Cour fédérale en 2007 et qu'anticipait la Cour d'appel fédérale en 2008 avait été achevée à quelque moment que ce soit (par. 72).

[87] Près de deux décennies se sont maintenant écoulées depuis que M. Ewert s'est plaint pour la première fois de l'utilisation de certains des outils d'évaluation contestés à l'égard des détenus autochtones. Dans ces circonstances exceptionnelles, M. Ewert ne devrait pas être tenu de recommencer le processus de règlement de griefs pour que soit tranchée la question de savoir si l'omission continue du SCC de vérifier la validité des outils d'évaluation contestés constitue un manquement à son obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC*. Le fait qu'il aurait pu avoir recours à un tel processus ne devrait pas empêcher la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour prononcer un jugement déclaratoire en ce sens.

[88] To be clear, a declaration that the CSC breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA* does not invalidate any particular decision made by the CSC, including any decision made in reliance on the impugned assessment tools. Should Mr. Ewert wish to challenge the validity of any such decision, he must do so through an application for judicial review of the relevant decision.

[89] I would also emphasize that in allowing Mr. Ewert's appeal in part and issuing a declaration that the CSC breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*, this Court is not restoring the Federal Court's order. The trial judge was of the view that the interim order he issued, as well as the final order he indicated would follow, could be based either on his finding that the CSC violated Mr. Ewert's rights under s. 7 of the *Charter* or on his finding that the CSC breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*. I have concluded that the trial judge erred in accepting Mr. Ewert's argument under s. 7 of the *Charter*. This Court did not hear argument on the availability of consequential relief based on the CSC's breach of its obligation under s. 24(1) of the *CCRA* and I make no comment on the availability of such relief in new proceedings. However, I would not remit this matter for a remedies hearing. If Mr. Ewert is of the view that any further remedy is available or appropriate in the circumstances, he may apply, in new proceedings, for a determination of that issue.

[90] Accordingly, I would allow Mr. Ewert's appeal in part. Mr. Ewert is entitled to the following declaration: That the Correctional Service of Canada breached its obligation set out in s. 24(1) of the *Corrections and Conditional Release Act*.

[88] Précisons que le jugement déclaratoire selon lequel le SCC a manqué à son obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC* n'invalide pas des décisions particulières prises par le SCC, y compris toute décision fondée sur les outils d'évaluation contestés. Si M. Ewert veut contester la validité de l'une ou de l'autre de ces décisions, il doit présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision en cause.

[89] Je tiens également à souligner qu'en accueillant l'appel de M. Ewert en partie et en prononçant un jugement déclaratoire selon lequel le SCC a manqué à son obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC*, la Cour ne rétablit pas l'ordonnance de la Cour fédérale. Le juge de première instance était d'avis que l'ordonnance provisoire qu'il a prononcée, ainsi que l'ordonnance définitive qui serait rendue plus tard, pouvaient s'appuyer sur sa conclusion selon laquelle le SCC avait violé les droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit à M. Ewert ou sur sa conclusion suivant laquelle le SCC avait manqué à son obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC*. J'ai conclu que le juge du procès avait commis une erreur en retenant l'argument de M. Ewert fondé sur l'art. 7 de la *Charte*. La Cour n'a pas entendu d'argument sur la possibilité d'obtenir une mesure de redressement consécutive en raison du manquement du SCC à son obligation au titre du par. 24(1) de la *LSCMLC*, et je ne fais aucun commentaire sur la possibilité d'obtenir une telle mesure de redressement lors d'une nouvelle procédure. Je ne suis toutefois pas d'avis de renvoyer la présente affaire pour audience sur les réparations. Si M. Ewert estime qu'une autre réparation peut être accordée ou est indiquée dans les circonstances, il peut demander, dans le cadre d'une nouvelle procédure, que l'on statue sur ce point.

[90] En conséquence, je suis d'avis d'accueillir en partie le pourvoi de M. Ewert. Ce dernier a droit à un jugement déclarant : que le Service correctionnel du Canada a manqué à son obligation prévue au par. 24(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*.

The reasons of Côté and Rowe JJ. were delivered by

ROWE J. (dissenting in part) —

I. Overview

[91] I have read Justice Wagner’s reasons. I agree with Justice Wagner’s analysis with respect to Mr. Jeffrey G. Ewert’s claims under ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, I would dismiss the appeal. I respectfully part ways with the majority on several issues. First, I do not interpret s. 24(1) of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (“CCRA”), as requiring the Correctional Service of Canada (“CSC”) to conduct studies on the tests that psychologists use to assess offenders. Second, I would decline to grant declaratory relief; the appropriate course of action for Mr. Ewert would be to seek judicial review.

[92] I share with the majority a view that it is important to address Indigenous overrepresentation in prisons. This Court has emphasized that decision makers in the penal system, such as judges, should take into account the specific needs and circumstances of Indigenous peoples: *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433. Thus, I am in accord with Justice Wagner in his expressions of concern as to the CSC’s inaction with respect to the issue that Mr. Ewert has raised. Notwithstanding the foregoing, I am not persuaded that it was Parliament’s intent to hold the CSC to account on this issue pursuant to s. 24(1) of the *CCRA*.

II. Background

[93] My colleague has described accurately the nature of Mr. Ewert’s claim and the decisions of the courts below. I would, however, emphasize certain key facts. The procedural history is significant; it is important to understand the CSC’s response — including its failings — to Mr. Ewert’s concerns about these psychological tools. As well, it helps frame Mr. Ewert’s claim with respect to the remedy

Version française des motifs des juges Côté et Rowe rendus par

LE JUGE ROWE (dissident en partie) —

I. Aperçu

[91] J’ai pris connaissance des motifs du juge Wagner. Je souscris à son analyse des demandes de M. Jeffrey G. Ewert fondées sur les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cependant, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. En tout respect, je me dissocie des juges majoritaires sur plusieurs points. Premièrement, je ne considère pas que le par. 24(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20 (« LSCMLC »), oblige le Service correctionnel du Canada (« SCC ») à mener des études sur les tests qu’utilisent les psychologues pour évaluer les délinquants. Deuxièmement, je m’abstiendrais de rendre un jugement déclaratoire; la meilleure chose à faire pour M. Ewert serait de se pourvoir en contrôle judiciaire.

[92] Je partage l’avis des juges majoritaires qu’il importe de remédier à la surreprésentation des Autochtones dans les prisons. Notre Cour a souligné que les décideurs du système pénal, comme les juges, devraient prendre en compte la situation et les besoins particuliers des peuples autochtones (*R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433). Je me rallie donc au juge Wagner lorsqu’il se dit préoccupé par le défaut du SCC de résoudre la question soulevée par M. Ewert. Malgré ce qui précède, je ne suis pas convaincu que le législateur souhaitait obliger le SCC à rendre des comptes sur ce point conformément au par. 24(1) de la *LSCMLC*.

II. Contexte

[93] Mon collègue a décrit avec exactitude la nature du recours intenté par M. Ewert et les décisions des juridictions inférieures. Je tiens cependant à mettre en relief certains faits déterminants. L’historique des procédures est significatif; il est important pour saisir la réponse du SCC — notamment ses carences — aux inquiétudes de M. Ewert relatives à ces outils d’évaluation psychologique. Il aide également à

sought. That is critical to the proper disposition of this appeal.

[94] Mr. Ewert first complained about the use of the impugned tools a very long time ago, in April 2000. In the years after, he filed inmate complaints about the use of these tools. All these grievances were dismissed. In June 2005, the CSC dismissed a third-level grievance, but sent Mr. Ewert a letter indicating that it was in the process of having the tools reviewed.

[95] About this time, Mr. Ewert commenced an action in Federal Court on these matters. The action was severed. Part of it proceeded as a judicial review; the rest of the action was stayed pending the outcome of the judicial review. The Federal Court and Federal Court of Appeal dismissed the judicial review on the basis that the application was premature, as the CSC's review of the impugned tools was ongoing: *Ewert v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 13, 306 F.T.R. 234, aff'd 2008 FCA 285, 382 N.R. 370.

[96] The part of the action that had been stayed eventually continued; it is the basis for the present appeal. Throughout, Mr. Ewert claimed damages based on breaches of his *Charter* rights. However, the other civil claims that formed the basis of this action evolved considerably between 2005 and 2015 when, finally, the trial occurred. Mr. Ewert's first amended statement of claim, filed after the judicial review, claimed that the CSC acted negligently in its treatment of him. That claim was later replaced with claims of misfeasance of public office and breach of fiduciary duties. The third (and final) amended statement of claim removed the claim for misfeasance and substituted a claim that the CSC acted contrary to its statutory obligations. The remedies sought included damages, a declaration that the CSC breached Mr. Ewert's *Charter* rights, and an injunction to prevent the CSC from using the impugned tools.

situer le recours de M. Ewert par rapport à la réparation qu'il sollicite, une tâche essentielle pour bien trancher le présent pourvoi.

[94] M. Ewert s'est plaint la première fois de l'utilisation des outils contestés il y a fort longtemps, en avril 2000. Les années suivantes, il a déposé des plaintes à ce sujet en tant que détenu. Tous ces griefs ont été rejetés. En juin 2005, le SCC a rejeté un grief de troisième niveau, mais il a envoyé à M. Ewert une lettre précisant qu'il était en train d'analyser les outils.

[95] Vers la même époque, M. Ewert a intenté une action en Cour fédérale sur ces questions. L'action a été scindée en deux. Une partie a suivi son cours sous forme de contrôle judiciaire; le reste de l'action a été suspendu en attendant l'issue du contrôle judiciaire. La Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont rejeté la demande de contrôle judiciaire, estimant qu'elle était prématurée vu que le SCC n'avait pas encore terminé son examen des outils contestés : *Ewert c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 13, conf. par 2008 CAF 285.

[96] La partie de l'action qui avait été suspendue a fini par reprendre son cours; c'est sur elle que repose le présent pourvoi. Tout au long de l'instance, M. Ewert a réclamé des dommages-intérêts pour atteinte à ses droits garantis par la *Charte*. Cependant, les autres recours civils qui constituent le fondement de cette action ont considérablement évolué entre 2005 et 2015, l'année où le procès a finalement eu lieu. Dans la première déclaration modifiée qu'il a déposée après s'être pourvu en contrôle judiciaire, M. Ewert alléguait que le SCC avait agi avec négligence dans le traitement qu'il lui avait réservé. M. Ewert a plus tard prétendu, en remplacement de cette allégation, que le SCC avait commis une faute dans l'exercice d'une charge publique et manqué à ses obligations fiduciaires. Dans sa troisième (et dernière) déclaration modifiée, il a supprimé l'allégation de faute dans l'exercice d'une charge publique et plutôt allégué que le SCC avait contrevenu aux obligations que lui impose la *LSCMLC*. Il a notamment demandé des dommages-intérêts, un jugement déclaratoire portant que le SCC avait porté atteinte aux droits que lui garantit la *Charte* ainsi qu'une injonction interdisant à celui-ci d'utiliser les outils contestés.

[97] The action in this third permutation proceeded through the Federal Court to the present appeal. The judge saw the case “firstly as a breach of [the] statutory duty” contained in s. 24(1) of the *CCRA* (2015 FC 1093, 343 C.R.R. (2d) 15, at para. 77); he also found that Mr. Ewert’s s. 7 *Charter* rights had been infringed. The judge held that Mr. Ewert was not required to “establish definitively that the tests are biased”: para. 82. With respect to remedy, the judge issued an interim order prohibiting the CSC from using the tools’ results in respect of Mr. Ewert; the order went on to direct the parties to file written submissions about the parameters of a study of the impugned tools. The trial judge indicated that he intended to issue a final order enjoining the use of the impugned tools in respect of Mr. Ewert and other inmates until the CSC’s study of the tools’ reliability was completed. In effect, the Federal Court would approve the study to be undertaken by the CSC. While the judge did not address this, his approach would seem to lead to a continuing order, pursuant to which the Federal Court would evaluate the outcome of the CSC study.

[98] The Federal Court of Appeal allowed the appeal on both the statutory breach and the *Charter* breach, finding that the trial judge erred first, in applying the burden of proof, and second, that none of Mr. Ewert’s claims were established on a balance of probabilities: 2016 FCA 203, 487 N.R. 107. In light of the foregoing, the Court of Appeal did not see it as necessary to deal with either the statutory interpretation of s. 24(1) or the remedy.

III. Issues

[99] The issues in this appeal are the following:

- (a) Does s. 24(1) of the *CCRA* impose an obligation on the CSC to test the tools used by psychologists to assess offenders?

[97] L’action ainsi modifiée pour une troisième fois a été instruite par la Cour fédérale, et notre Cour en est maintenant saisie. Le juge de première instance a considéré que l’affaire concernait « d’abord et avant tout un manquement à [l’]obligation d’origine législative » prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC* (2015 CF 1093, par. 77 (CanLII)); il a également conclu qu’il avait été porté atteinte aux droits garantis à M. Ewert par l’art. 7 de la *Charte*. Le juge a conclu qu’il n’était pas nécessaire que M. Ewert « établisse de façon définitive que les tests sont empreints d’un préjugé » (par. 82). Comme mesure de réparation, le juge a rendu une ordonnance interlocutoire interdisant au SCC d’utiliser les résultats produits par les outils à l’égard de M. Ewert; il a également enjoint aux parties de déposer des observations écrites sur les paramètres à établir en vue de l’étude des outils contestés. Il a dit avoir l’intention de rendre une ordonnance définitive interdisant l’utilisation des outils contestés à l’endroit de M. Ewert et des autres détenus jusqu’à ce que le SCC ait terminé son étude de la fiabilité de ces outils. En fait, la Cour fédérale approuverait l’étude que devait effectuer le SCC. Bien que le juge ne l’ait pas précisé, son approche semble aboutir à une ordonnance de durée indéterminée en vertu de laquelle la Cour fédérale évaluerait les résultats de l’étude menée par le SCC.

[98] La Cour d’appel fédérale a fait droit à l’appel autant en ce qui concerne la violation de la *LSCMLC* que celle de la *Charte*, estimant que le juge de première instance s’était trompé, d’une part, dans son application du fardeau de la preuve, et d’autre part, parce qu’aucune des allégations formulées par M. Ewert n’avait été établie selon la prépondérance des probabilités : 2016 CAF 203. Étant donné ces conclusions, la Cour d’appel n’a pas jugé nécessaire d’examiner la question de l’interprétation du par. 24(1) ni celle de la réparation à accorder.

III. Questions en litige

[99] Voici les questions soulevées par le présent pourvoi :

- a) Le paragraphe 24(1) de la *LSCMLC* impose-t-il au SCC l’obligation de mettre à l’essai les outils utilisés par des psychologues pour évaluer les délinquants?

(b) What is the appropriate remedy?

[100] I would answer these questions as follows. Section 24(1) does not impose an obligation on the CSC to conduct research as to the validity of the impugned tools. As well, I would not grant declaratory relief.

IV. Analysis

[101] As I would decide this case on a different basis, I begin with a brief note of clarification with respect to my position on the reasons offered by the Federal Court of Appeal. Mr. Ewert in his claim set out two factual propositions about the use of the impugned tests with respect to Indigenous inmates: first, the results generated by the impugned tools are of unknown reliability; and, second, the impugned tools generate false results. The Federal Court found that on the balance of probabilities Mr. Ewert had demonstrated the first proposition. The Federal Court of Appeal held that the trial judge misapplied the balance of probabilities test. As I will not dispose of this case on the standard of proof, I do not need to decide the issue. I would say only that the trial judge's analysis was far from clear and that I agree with the Federal Court of Appeal that Mr. Ewert failed to prove the second proposition on the balance of probabilities.

A. *Whether Section 24(1) of the CCRA Imposes an Obligation on the CSC to Test the Tools Used by Psychologists to Assess Offenders?*

[102] The opening sections of the *CCRA* outline the purposes and principles of the statutory regime. Sections 3, 3.1 and 4 state:

3 The purpose of the federal correctional system is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by

- (a) carrying out sentences imposed by courts through the safe and humane custody and supervision of offenders; and

b) Quelle réparation convient-il d'accorder?

[100] Je répondrais comme suit à ces questions. Le paragraphe 24(1) n'impose pas au SCC l'obligation de mener une étude sur la validité des outils contestés. En outre, je ne rendrais pas de jugement déclaratoire.

IV. Analyse

[101] Comme je suis d'avis de trancher autrement la présente affaire, je commence par donner de brefs éclaircissements sur ma position relative aux motifs fournis par la Cour d'appel fédérale. M. Ewert formule dans sa demande deux énoncés de fait concernant l'utilisation des outils contestés à l'égard des détenus autochtones : premièrement, les résultats générés par ces outils sont d'une fiabilité inconnue; et deuxièmement, les outils contestés produisent de faux résultats. La Cour fédérale a conclu que M. Ewert avait démontré, selon la prépondérance des probabilités, le bien-fondé du premier énoncé. La Cour d'appel fédérale a conclu que le juge de première instance avait mal appliqué la norme de la prépondérance des probabilités. Puisque je ne disposerai pas du pourvoi en fonction de la norme de preuve, il ne m'est pas nécessaire de trancher la question. Je dirai simplement que l'analyse du juge de première instance est loin d'être claire et que je partage l'avis de la Cour d'appel fédérale selon lequel M. Ewert n'a pas prouvé le bien-fondé du second énoncé selon la prépondérance des probabilités.

A. *Le paragraphe 24(1) de la LSCMLC impose-t-il au SCC l'obligation de mettre à l'essai les outils employés par les psychologues pour évaluer les délinquants?*

[102] Les dispositions introductives de la *LSCMLC* exposent les objets et les principes du régime établi par cette loi. Les articles 3, 3.1 et 4 prévoient :

3 Le système correctionnel vise à contribuer au maintien d'une société juste, vivant en paix et en sécurité, d'une part, en assurant l'exécution des peines par des mesures de garde et de surveillance sécuritaires et humaines, et d'autre part, en aidant au moyen de programmes appropriés dans les pénitenciers ou dans la collectivité, à la réadaptation

(b) assisting the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens through the provision of programs in penitentiaries and in the community.

3.1 The protection of society is the paramount consideration for the Service in the corrections process.

4 The principles that guide the Service in achieving the purpose referred to in section 3 are as follows:

...

(g) correctional policies, programs and practices respect gender, ethnic, cultural and linguistic differences and are responsive to the special needs of women, aboriginal peoples, persons requiring mental health care and other groups;

...

[103] Sections 23 and 24 of the *CCRA* are the opening sections under the heading “Information”. They read as follows:

23 (1) When a person is sentenced, committed or transferred to penitentiary, the Service shall take all reasonable steps to obtain, as soon as is practicable,

(a) relevant information about the offence;

(b) relevant information about the person’s personal history, including the person’s social, economic, criminal and young-offender history;

(c) any reasons and recommendations relating to the sentencing or committal that are given or made by

(i) the court that convicts, sentences or commits the person, and

(ii) any court that hears an appeal from the conviction, sentence or committal;

(d) any reports relevant to the conviction, sentence or committal that are submitted to a court mentioned in subparagraph (c)(i) or (ii); and

des délinquants et à leur réinsertion sociale à titre de citoyens respectueux des lois.

3.1 La protection de la société est le critère prépondérant appliqué par le Service dans le cadre du processus correctionnel.

4 Le Service est guidé, dans l’exécution du mandat visé à l’article 3, par les principes suivants :

...

(g) ses directives d’orientation générale, programmes et pratiques respectent les différences ethniques, culturelles et linguistiques, ainsi qu’entre les sexes, et tiennent compte des besoins propres aux femmes, aux autochtones, aux personnes nécessitant des soins de santé mentale et à d’autres groupes;

...

[103] Les articles 23 et 24 de la *LSCMLC* sont les dispositions introductives de la rubrique « Renseignements ». Ils sont rédigés comme suit :

23 (1) Le Service doit, dans les meilleurs délais après la condamnation ou le transfèrement d’une personne au pénitencier, prendre toutes mesures possibles pour obtenir :

a) les renseignements pertinents concernant l’infraction en cause;

b) les renseignements personnels pertinents, notamment les antécédents sociaux, économiques et criminels, y compris comme jeune contrevenant;

c) les motifs donnés par le tribunal ayant prononcé la condamnation, infligé la peine ou ordonné la détention — ou par le tribunal d’appel — en ce qui touche la peine ou la détention, ainsi que les recommandations afférentes en l’espèce

d) les rapports remis au tribunal concernant la condamnation, la peine ou l’incarcération;

(e) any other information relevant to administering the sentence or committal, including existing information from the victim, the victim impact statement and the transcript of any comments made by the sentencing judge regarding parole eligibility.

(2) Where access to the information obtained by the Service pursuant to subsection (1) is requested by the offender in writing, the offender shall be provided with access in the prescribed manner to such information as would be disclosed under the *Privacy Act* and the *Access to Information Act*.

(3) No provision in the *Privacy Act* or the *Access to Information Act* shall operate so as to limit or prevent the Service from obtaining any information referred to in paragraphs (1)(a) to (e).

24 (1) The Service shall take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate, up to date and complete as possible.

(2) Where an offender who has been given access to information by the Service pursuant to subsection 23(2) believes that there is an error or omission therein,

(a) the offender may request the Service to correct that information; and

(b) where the request is refused, the Service shall attach to the information a notation indicating that the offender has requested a correction and setting out the correction requested.

[104] In interpreting s. 24(1) I will look to the “words of [the] Act . . . in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, citing E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87.

[105] There are two possible interpretations of s. 24(1). One interpretation is that insight or understanding derived from the assessment tools — for example, that an offender has a personality disorder

e) tous autres renseignements concernant l’exécution de la peine ou de la détention, notamment les renseignements obtenus de la victime, la déclaration de la victime quant aux conséquences de l’infraction et la transcription des observations du juge qui a prononcé la peine relativement à l’admissibilité à la libération conditionnelle.

(2) Le délinquant qui demande par écrit que les renseignements visés au paragraphe (1) lui soient communiqués a accès, conformément au règlement, aux renseignements qui, en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et de la *Loi sur l’accès à l’information*, lui seraient communiqués.

(3) Aucune disposition de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ou de la *Loi sur l’accès à l’information* n’a pour effet d’empêcher ou de limiter l’obtention par le Service des renseignements visés aux alinéas (1)a) à e).

24 (1) Le Service est tenu de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu’il utilise concernant les délinquants soient à jour, exacts et complets.

(2) Le délinquant qui croit que les renseignements auxquels il a eu accès en vertu du paragraphe 23(2) sont erronés ou incomplets peut demander que le Service en effectue la correction; lorsque la demande est refusée, le Service doit faire mention des corrections qui ont été demandées mais non effectuées.

[104] Afin d’interpréter le par. 24(1), je lirai les [TRADUCTION] « termes [de la] loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’[économie] de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87.

[105] Le paragraphe 24(1) se prête à deux interprétations. L’une d’elles est que les indications ou les connaissances que l’on peut tirer des outils d’évaluation — par exemple, que le délinquant souffre d’un

or is at a high risk to reoffend — is “information” that the CSC uses in its decision-making. Thus, the requirement to take “reasonable steps” to ensure the information is “accurate” imposes an obligation on the CSC to verify that the tests are valid, i.e. that they meaningfully assess that which they are intended to assess. An alternative interpretation is that s. 24(1) refers to biographical or factual information about an offender. Thus, things like age, criminal record, behaviour in prison, courses taken with a view to rehabilitation, and the like are “information” that should be “accurate, up to date and complete”.

[106] Mr. Ewert urges on us the first interpretation. He argues that s. 24(1) imposes a duty on the CSC to test the impugned tools, as the test results are “information” that the CSC “uses”, *inter alia*, to assess the risk to public safety: *CCRA*, ss. 28 to 31; *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, ss. 13, 17 and 18. As well, s. 4(g) of the *CCRA* requires the CSC to respect the different needs of Indigenous inmates. Thus, the CSC’s statutory duty to take reasonable steps to ensure the accuracy of “information” includes an obligation to ensure the validity of assessments whose results are recorded in an inmate’s records.

[107] The CSC argues for a more limited view of s. 24(1), taking the position that the provision is limited to “primary facts” and not “inferences or assessments drawn by the Service”. Parliament has created a scheme governing the CSC’s use of information that allows offenders to challenge inaccuracies in that information pursuant to s. 24(2). Sections 24(1) and 24(2) should be read together and interpreted in this context. Thus, the requirement under s. 24(1) to take reasonable steps with respect to the accuracy of “information” does not include an obligation to conduct studies as to the validity of assessment tools. Section 4(g) of the *CCRA* expresses guiding principles to inform the CSC’s actions, but

trouble de la personnalité ou qu’il présente un risque élevé de récidive — sont des « renseignements » que le SCC utilise dans son processus décisionnel. Ainsi, l’obligation qu’il a de veiller, « dans la mesure du possible », à ce que les renseignements soient « exacts » l’oblige à s’assurer que les outils sont valides, c.-à-d. qu’ils évaluent vraiment ce qu’ils sont censés évaluer. L’autre interprétation est que le par. 24(1) renvoie aux renseignements d’ordre biographique ou factuel qui concernent le délinquant. Ainsi, des choses telles que son âge, ses antécédents criminels, la façon dont il se comporte en prison, les cours qu’il a suivis en vue de sa réadaptation, notamment, sont des « renseignements » qui doivent être « à jour, exacts et complets ».

[106] M. Ewert nous prie d’adopter la première interprétation. Il soutient que le par. 24(1) impose au SCC l’obligation de mettre à l’essai les outils contestés, étant donné que les résultats produits par ces outils sont des « renseignements » que le SCC « utilise », entre autres, pour mesurer le risque que le délinquant présente pour la sécurité du public : *LSCMLC*, art. 28 à 31; *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, art. 13, 17 et 18. En outre, l’al. 4g) de la *LSCMLC* exige du SCC qu’il respecte les besoins propres aux détenus autochtones. Partant, l’obligation que la *LSCMLC* lui impose de veiller, dans la mesure du possible, à l’exactitude des « renseignements » comporte l’obligation de s’assurer de la validité des évaluations dont les résultats sont consignés aux dossiers du détenu.

[107] Le SCC plaide en faveur d’une interprétation plus restreinte du par. 24(1), faisant valoir que la disposition ne s’applique qu’aux [TRADUCTION] « faits primaires » et non aux « inférences ou aux évaluations tirées par le Service ». Le législateur a créé un régime qui régit l’utilisation de renseignements par le SCC et qui permet aux délinquants de contester l’exactitude de ces renseignements en vertu du par. 24(2). Les paragraphes 24(1) et (2) doivent être lus conjointement et interprétés dans ce contexte. Ainsi, l’obligation au par. 24(1) de veiller, dans la mesure du possible, à l’exactitude des « renseignements » ne comporte pas l’obligation de mener des études sur la validité des outils d’évaluation.

does not prescribe a particular outcome for any CSC decision, nor does it infuse s. 24(1) with the meaning that Mr. Ewert suggests.

[108] I find the second interpretation to be persuasive. Sections 24(1) and 24(2) of the *CCRA* are about accurate record-keeping. Section 24 is not about challenging the means that the CSC uses to make its decisions. When an offender's complaint is about the way that a particular decision is made, the *CCRA* provides a means for offenders to file a grievance and, if necessary, pursue judicial review: *CCRA*, s. 90; *Corrections and Conditional Release Regulations*, ss. 74 to 82. That is of fundamental importance. But, it is not what is dealt with in ss. 24(1) and 24(2).

[109] The *CCRA* is concerned with managing the custody of offenders, assisting in their rehabilitation and reintegration, and protecting society: *CCRA*, ss. 3 and 3.1. These goals require good decision-making based, *inter alia*, on accurate information. Section 24 relates to the accuracy of information. For instance, the CSC should correct a report that says that an offender was involved in a fight when the offender was not involved. Making decisions on the basis of inaccurate information will not assist the CSC in furthering its objectives to rehabilitate offenders and protect society. Thus, s. 24 serves an important function. That function does not include verifying the validity of assessment tools. Such matters are open to challenge. But, the proper avenue for such challenges is the grievance procedure and, where necessary, judicial review. These challenges must be brought in a way that respects Parliamentary intent, rather than forcing an unwarranted interpretation of s. 24.

[110] Parliament imposed a duty on the CSC in s. 24(1) to record information accurately. Section 24(2) provides a means for inmates to correct errors in the information that is recorded. The scheme is simple. It reflects Parliament's intent to provide offenders with a specific remedy they could use to

L'alinéa 4g) de la *LSCMLC* énonce les principes de fonctionnement du SCC, mais il n'impose à ce dernier aucun résultat précis pas plus qu'il ne donne au par. 24(1) le sens suggéré par M. Ewert.

[108] J'estime que la deuxième interprétation est convaincante. Les paragraphes 24(1) et (2) de la *LSCMLC* visent la tenue exacte des dossiers. L'article 24 ne vise pas la contestation des moyens pris par le SCC pour prendre ses décisions. Lorsqu'un délinquant se plaint de la façon dont une décision donnée est prise, la *LSCMLC* lui fournit un moyen de déposer un grief et, si nécessaire, de se pourvoir en contrôle judiciaire : *LSCMLC*, art. 90; *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, art. 74 à 82. Ce processus est d'une importance fondamentale. Mais ce n'est pas de cela dont il est question aux par. 24(1) et (2).

[109] La *LSCMLC* a pour objectifs de gérer la garde des délinquants, d'aider à leur réadaptation et à leur réinsertion, et de protéger la société : *LSCMLC*, art. 3 et 3.1. L'atteinte de ces objectifs passe par un processus décisionnel adéquat qui repose, entre autres, sur des renseignements exacts. L'article 24 s'attache à l'exactitude des renseignements. Par exemple, si un rapport indique qu'un délinquant a participé à une bagarre alors que ce n'est pas le cas, le SCC doit corriger cette erreur. Un processus décisionnel fondé sur des renseignements inexacts n'aidera pas le SCC à atteindre ses objectifs de réadaptation des délinquants et de protection de la société. L'article 24 remplit donc une fonction importante. S'assurer de la validité des outils d'évaluation n'en fait pas partie. Les questions de cette nature peuvent être contestées. Elles doivent cependant l'être par voie de grief et, s'il y a lieu, par voie de contrôle judiciaire. Ces recours doivent être intentés d'une façon qui respecte l'intention du législateur, plutôt que de forcer une interprétation injustifiée de l'art. 24.

[110] Au paragraphe 24(1), le législateur impose au SCC l'obligation de consigner avec exactitude les renseignements qu'il obtient. Le paragraphe 24(2) permet au délinquant de demander la correction des renseignements erronés qui sont consignés. Le régime est simple. Il traduit l'intention du législateur

make sure that the CSC's duty to maintain accurate records is met.

[111] This interpretation is reinforced by the reference to s. 23 in s. 24(2). Section 23 sets out the types of information the CSC will obtain about an offender when they arrive at a penitentiary. All this information is factual or biographical. This is the type of information referred to in s. 24(1). An offender may be provided with this information upon request and, if there is an error, it can be corrected pursuant to the procedure set out in s. 24(2).

[112] Mr. Ewert argues that Parliament would have referred to the types of information subject to s. 24(1) if it wanted to do so, just as it did in s. 23. This is not persuasive. The scheme that is set out in ss. 23 and 24 is straightforward. Section 23 lists the information that is to be recorded. Section 24(1) requires the CSC to record this information accurately and to keep it up to date. Section 24(2) provides a means for an inmate to correct errors or deficiencies in the information.

[113] Mr. Ewert argues that the word "information" in ss. 24(1) and 24(2) should be given different meanings. Indeed, the logic of his position, and that adopted by the majority, requires that "information" be given different meanings in s. 24(1) and s. 24(2). This is so because "information", in s. 24(2) is expressly linked to what is described in s. 23, while Mr. Ewert and the majority say that "information" in s. 24(1) has a far wider meaning. But why would Parliament have chosen such an oblique structure as to give two different meanings to the same word ("information") in consecutive subsections of the same provision? It is not plausible. Moreover, when the same words are used throughout a statute, they are presumed to have the same meaning: *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378, at p. 1387.

d'offrir aux délinquants un moyen particulier de s'assurer que le SCC respecte son obligation de tenue exacte des dossiers.

[111] Cette interprétation est renforcée par le fait que le par. 24(2) renvoie à l'art. 23. Cet article précise les types de renseignements que le SCC obtiendra au sujet d'un délinquant qui arrive au pénitencier. Tous ces renseignements sont d'ordre factuel ou biographique. C'est à ce type de renseignements que renvoie le par. 24(1). Le délinquant peut accéder, sur demande, à ces renseignements, et s'ils sont erronés, il peut en demander la correction suivant la procédure établie au par. 24(2).

[112] M. Ewert soutient que, s'il l'avait voulu, le législateur aurait mentionné les types de renseignements assujettis au par. 24(1), tout comme il l'a fait à l'art. 23. Cet argument n'est pas convaincant. Le régime établi par les art. 23 et 24 est simple. L'article 23 dresse la liste des renseignements à consigner. Le paragraphe 24(1) exige du SCC qu'il consigne ces renseignements avec exactitude et qu'il les tienne à jour. Quant au par. 24(2), il offre au détenu un moyen de faire corriger les renseignements erronés ou incomplets.

[113] M. Ewert ajoute qu'il convient de donner un sens différent au mot « renseignements » aux par. 24(1) et (2). En fait, la logique de la thèse qu'il avance, et qui a été adoptée par la majorité, exige que l'on interprète différemment le mot « renseignements » aux par. 24(1) et 24(2). Il en est ainsi parce que les « renseignements » dont il est question au par. 24(2) sont expressément liés à ceux décrits à l'art. 23, même si M. Ewert et les juges majoritaires disent que le mot « renseignements » au par. 24(1) a un sens beaucoup plus large. Or, pourquoi le législateur aurait-il choisi de donner indirectement deux sens différents au même mot (« renseignements ») dans deux paragraphes consécutifs d'un même article? Cette hypothèse n'est pas plausible. Qui plus est, lorsque les mêmes mots sont employés dans l'ensemble d'une loi, ils sont présumés avoir le même sens : *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378, p. 1387.

[114] We should also consider the other words in s. 24, including the requirement that the information be “as accurate, up to date and complete as possible”. My colleague rejects the Crown’s argument that it is inappropriate to speak of “accuracy” when dealing with actuarial science because “the obligation provided for in s. 24(1) is a general one that is necessarily described using general rather than technical language”: para. 43. In support of this, he writes that “both parties’ experts proceeded from the premise that the accuracy of a psychological or actuarial assessment tool can be evaluated and that such an evaluation is relevant to a decision whether to use the tool”: para. 44.

[115] With respect, the expert evidence in this case points to a different understanding of “accuracy”. Dr. Hart, the expert whom the trial judge found to be most credible, described the predictive capacity of the impugned tools in terms of *validity* and *reliability*, rather than accuracy. It is not appropriate to speak of a psychological test as being accurate or inaccurate, in the same way that an instrument such as a thermometer is or is not accurate. Rather, *validity* (the meaningfulness of the inferences drawn from assessment measurements) and *reliability* (the stability of measurements across evaluators or across time) exist on a spectrum: A.R., vol. XVIII, at pp. 5703-5. Thus, a psychological test can be more or less *valid* or *reliable*, but it cannot properly be described as being “accurate” or “inaccurate”.

[116] Further, one needs to consider how the CSC would be required to act under my colleague’s interpretation. If further research provides insight into the degree of validity and reliability of the impugned tools as applied to Aboriginal offenders, how *valid* or *reliable* must the tools be in order to be deemed “accurate” (as opposed to “inaccurate”)? This is quite different from verifying factual information such as those items listed in s. 23(1) — date of birth, criminal history, or other primary information that will necessarily be accurate or inaccurate. As well, what does it mean to require the impugned tools to be “as accurate as possible”? The assessment of human personality, by whatever means, remains imprecise.

[114] Nous devrions également tenir compte des autres termes de l’art. 24, y compris l’exigence que les renseignements soient, « dans la mesure du possible, [. . .] à jour, exacts et complets ». Mon collègue rejette l’argument de la Couronne selon lequel il ne convient pas de parler d’« exactitude » dans le domaine de la science actuarielle parce que « l’obligation prévue au par. 24(1) en est une de nature générale qui appelle nécessairement une description en termes généraux plutôt que techniques » (par. 43). Pour appuyer cette proposition, il écrit que « les experts des deux parties sont partis du principe que l’exactitude d’un outil d’évaluation psychologique ou actuarielle peut être évaluée et que cette évaluation est importante pour décider s’il convient d’utiliser cet outil » (par. 44).

[115] Avec égards, le témoignage des experts en l’espèce nous amène à saisir différemment l’« exactitude ». M. Hart, l’expert que le juge du procès a trouvé le plus crédible, a utilisé les mots [TRADUCTION] « *validité* » et « *fiabilité* » au lieu d’« exactitude » pour décrire la capacité prédictive des outils contestés. Il ne convient pas de dire qu’un test psychologique est exact ou non, de la même façon qu’un instrument tel un thermomètre n’est pas exact. La *validité* (l’utilité des inférences tirées des mesures d’évaluation) et la *fiabilité* (la stabilité des mesures d’un évaluateur à l’autre ou dans le temps) se situent sur une échelle (d.a., vol. XVIII, p. 5703-5705). Ainsi, un test psychologique peut être plus ou moins *valide* ou *fiable*, mais on ne peut le qualifier à juste titre d’« exact » ou d’« inexact ».

[116] De plus, il faut se demander comment le SCC serait tenu d’agir selon l’interprétation de mon collègue. Si d’autres recherches nous éclairent sur le degré de validité et de fiabilité des outils contestés à l’endroit des délinquants autochtones, à quel point les outils doivent-ils être *valides* ou *fiables* pour être réputés « exacts » (au lieu d’« inexacts »)? Nous sommes bien loin de la vérification de renseignements factuels comme ceux énumérés au par. 23(1) : la date de naissance, les antécédents criminels ou d’autres renseignements de base qui seront nécessairement exacts ou inexacts. En outre, qu’entendons-nous par exiger que les outils contestés soient « exacts dans la mesure du possible »? Quel

It is not clear how the CSC and the courts are to account for this, if they are required to ensure that such assessments are “as accurate as possible”.

[117] The scope of the obligation in s. 24(1), as applied to the impugned tools, simply requires that the CSC maintain accurate records of the inmates’ test scores. If Mr. Ewert scored in the 98th percentile on Factor 1 of the Hare Psychopathy Checklist Revised, but the CSC documents that figure as being in the 89th percentile and uses that incorrect score in the course of its decision-making, then the CSC would have breached its obligations under s. 24(1) (assuming that the CSC failed to take “reasonable steps” to ensure the score was recorded correctly). The remedy for Mr. Ewert in such a case would be to bring an application under s. 24(2).

[118] Where the offender brings a challenge under s. 24(2) to have errors corrected, this is not the same as bringing a challenge to a decision made on the basis of incorrect information: *Kim v. Canada*, 2017 FC 848, at para. 43 (CanLII). A proceeding to enforce s. 24(2) only considers whether there has been an error in the information recorded in the offender’s file. If so, it will be corrected or a notation will be added. By contrast, in a judicial review of a grievance proceeding, the usual question is whether the CSC’s decision based, *inter alia*, on information in the inmate’s file (including test results) was reasonable. Judicial review allows the court to consider how the CSC makes its decisions, including the validity of the impugned tools.

[119] The Federal Court regularly conducts judicial reviews of the CSC’s decision-making, including applications to correct information under s. 24(2). This jurisprudence supports a reading of s. 24(1) that is consistent with the analysis that I have set out above. The Federal Court has limited the CSC’s obligation under s. 24(1) to ensure that *factual* information is accurate, up to date and complete. Section 24(1) was held not to apply to “the inferences or assessments drawn

que soit le moyen employé, l’évaluation de la personnalité humaine demeure imprécise. On ne sait pas de quelle manière le SCC et les tribunaux doivent en tenir compte, s’ils doivent veiller à que ces évaluations soient « exactes dans la mesure du possible ».

[117] La portée de l’obligation prévue au par. 24(1) en ce qui a trait aux outils contestés exige simplement que le SCC consigne avec exactitude les notes obtenues par les détenus au test. Si M. Ewert se classe dans le 98^e percentile pour le facteur 1 de l’Échelle de psychopatie révisée de Hare, mais les documents du SCC indiquent qu’il se classe dans le 89^e percentile et le SCC utilise cette note erronée dans sa prise de décision, le SCC manque à ses obligations aux termes du par. 24(1) (à supposer qu’il n’ait pas veillé, « dans la mesure du possible », à ce que la note soit consignée correctement). La solution pour M. Ewert en pareil cas serait de présenter une demande en vertu du par. 24(2).

[118] Le délinquant qui se prévaut du moyen de contestation prévu au par. 24(2) pour obtenir la correction d’erreurs ne saurait être assimilé à celui qui conteste une décision fondée sur des renseignements incorrects : *Kim c. Canada*, 2017 CF 848, par. 43 (CanLII). Pour l’application du par. 24(2), il suffit de déterminer si le renseignement consigné au dossier du délinquant est erroné. S’il l’est, il sera corrigé ou une note sera ajoutée au dossier. À l’inverse, lors du contrôle judiciaire d’une décision relative à un grief, il faut généralement se demander si la décision prise par le SCC sur le fondement, entre autres, des renseignements versés au dossier du détenu (y compris des résultats de test) était raisonnable. Le contrôle judiciaire permet à la cour d’examiner le processus décisionnel du SCC, notamment la validité des outils contestés.

[119] La Cour fédérale est régulièrement saisie de demandes de contrôle judiciaire visant le processus décisionnel du SCC, y compris de demandes de correction de renseignements au titre du par. 24(2). Les décisions qu’elle rend en la matière appuient une interprétation du par. 24(1) qui s’accorde avec l’analyse que j’ai exposée ci-dessus. La Cour fédérale a limité l’obligation que le par. 24(1) impose au SCC de veiller à ce que les renseignements *factuels*

by the Service from file information”: *Tehrankari v. Canada (Correctional Service)* (2000), 38 C.R. (5th) 43 (F.C.T.D.), at para. 41; see also *Charalambous v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 1045, at para. 15 (CanLII), aff’d 2016 FCA 177, 483 N.R. 398.

[120] The Federal Court has also interpreted the phrase “reasonable steps” in a way that is consistent with the idea that the CSC’s obligations extend only to factual information. The word “reasonable” is a limit on the CSC’s obligations that is meant to ensure that the CSC can rely on information it obtains from official records. The CSC is not required — as a reasonable step — to re-investigate all the factual information it obtains from such records: *Tehrankari v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 332, at paras. 35-36 (CanLII); *Charalambous* (F.C.), at para. 16. For instance, when an offender is transferred, officials at the new institution must make decisions about the offender based on records created at another institution, by the police or by the courts. It would go beyond “reasonable steps” to require the CSC to fact-check everything in the official records.

[121] I would adopt the reasoning of the Federal Court in the foregoing decisions. The Federal Court and the Federal Court of Appeal in its jurisprudence has set out a clear and coherent interpretation of s. 24(1) and (2). I see no reason to depart from that jurisprudence.

[122] Justice Wagner relies in part on s. 4(g) of the *CCRA* to determine the CSC’s obligations. This provision helps to interpret the *CCRA*, but it does not transform the nature and purpose of s. 24(1). Indeed, while s. 4(g) is part of the *CCRA*’s statement of principles, such provisions do not “create legally binding rights or obligations, nor do they purport to do so”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 454-455, citing *Greater Vancouver (Regional District) v. British Columbia*, 2011 BCCA 345, 339 D.L.R. (4th) 251.

qu’il utilise soient à jour, exacts et complets. La cour a jugé que le par. 24(1) ne s’appliquait pas aux « inférences ou [aux] évaluations que le Service tire des renseignements contenus dans les dossiers » : *Tehrankari c. Canada (Service correctionnel)*, 2000 CanLII 15218 (C.F. 1^{re} inst.), par. 41; voir également *Charalambous c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 1045, par. 15 (CanLII), conf. par 2016 CAF 177.

[120] La Cour fédérale a également donné à l’expression « dans la mesure du possible » une interprétation qui s’accorde avec l’idée que l’obligation du SCC ne s’étend qu’aux renseignements factuels. Le mot « possible » est une limite imposée à l’obligation du SCC afin que celui-ci puisse se fier aux renseignements qu’il tire des dossiers officiels. Le SCC n’est pas, « dans la mesure du possible », tenu de faire à nouveau enquête sur l’ensemble des renseignements factuels qu’il tire de ces dossiers : *Tehrankari c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 332, par. 35-36 (CanLII); *Charalambous* (C.F.), par. 16. Par exemple, lors d’un transfert, les autorités du nouvel établissement doivent prendre des décisions concernant le délinquant à partir des dossiers constitués par l’autre établissement, la police ou les tribunaux. Ce serait excéder « la mesure du possible » que d’exiger du SCC qu’il vérifie tous les faits consignés aux dossiers officiels.

[121] Je ferais mien le raisonnement adopté par la Cour fédérale dans les décisions susmentionnées. La jurisprudence de la Cour fédérale et de la Cour d’appel fédérale donne une interprétation claire et cohérente des par. 24(1) et (2). Je ne vois aucune raison de m’en écarter.

[122] Le juge Wagner s’appuie en partie sur l’al. 4g) de la *LSCMLC* pour déterminer les obligations du SCC. Cette disposition facilite l’interprétation de la *LSCMLC*, mais elle ne change en rien la nature et l’objet du par. 24(1). En effet, l’al. 4g) fait partie de l’énoncé de principes de la *LSCMLC*, mais les dispositions de cette nature ne [TRADUCTION] « créent pas de droits ou d’obligations juridiquement contraignants, pas plus qu’elles ne sont censées en créer » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 454-455, citant *Greater Vancouver (Regional District) c. British Columbia*, 2011 BCCA 345, 339 D.L.R. (4th) 251.

[123] As stated above, I am in full accord with the majority that the CSC needs to take into account the special circumstances of Indigenous offenders in its decision-making. Failing to do so may render a decision (e.g., denial of a transfer from a medium security facility to a minimum security facility) unreasonable. However, s. 4(g) does not assist this Court in choosing between the competing interpretations of the type of information that is within the scope of s. 24(1). Indeed, my colleague does not rely on s. 4(g) to do so, but rather relies on it to interpret the “reasonable steps” requirement *after* he has determined that the results of the impugned tools is information that has to be accurate under s. 24(1), i.e., that the tests must be valid.

[124] In addition, my colleague’s interpretation of the “reasonable steps” requirement in s. 24(1) leaves open some important questions about the scope of the CSC’s obligations. If the CSC must study the impugned tools to ensure their validity and reliability with respect to Indigenous offenders, what level of specificity is required? Must it distinguish between Métis and other Indigenous offenders? Must it distinguish between Indigenous persons who live on reserve and those who live off reserve? Must it distinguish between male and female Aboriginal offenders? Or with respect to other groups with unique “gender, ethnic, cultural and linguistic differences”? The majority reasons will invite further challenges on this issue. The courts will then be faced with difficult line-drawing exercises about the degree to which these tools must be validated with respect to specific communities. While it is desirable for the CSC to search for better decision-making methodologies, it is not the courts who are best equipped to engage in this exercise, as compared to the CSC itself or actuarial experts. Section 24 was not intended to require the courts to look behind these decisions.

[123] Comme je l’ai mentionné, je suis entièrement d’accord avec les juges majoritaires lorsqu’ils affirment que le SCC doit tenir compte de la situation particulière des délinquants autochtones dans son processus décisionnel. S’il ne le fait pas, sa décision (p. ex. refuser qu’un détenu soit transféré d’un établissement à sécurité moyenne à un établissement à sécurité minimale) pourrait bien devenir déraisonnable. Toutefois, l’al. 4g) n’aide pas la Cour à choisir entre les différentes interprétations possibles du type de renseignements qui sont visés par le par. 24(1). D’ailleurs, pour ce faire, mon collègue ne s’appuie pas sur l’al. 4g). Il s’y appuie plutôt pour interpréter l’obligation d’agir « dans la mesure du possible » *après* avoir décidé que les résultats produits par les outils contestés sont des renseignements qui doivent être exacts selon le par. 24(1), c.-à-d. que les tests doivent être valides.

[124] Qui plus est, l’interprétation donnée par mon collègue à l’obligation d’agir « dans la mesure du possible » énoncée au par. 24(1) laisse en suspens certaines questions importantes au sujet de la portée des obligations du SCC. Si le SCC doit étudier les outils contestés pour assurer leur validité et leur fiabilité à l’égard des délinquants autochtones, à quel degré de spécificité est-il tenu? Doit-il distinguer les délinquants métis des autres délinquants autochtones? Doit-il faire une distinction entre les Autochtones qui vivent dans les réserves de ceux qui vivent en dehors de celles-ci? Doit-il distinguer les délinquants autochtones des délinquantes autochtones? Ou à l’endroit des autres groupes ayant des « différences ethniques, culturelles et linguistiques, ainsi qu’entre les sexes » qui leur sont propres? Les motifs de la majorité donneront lieu à d’autres contestations sur ce point. Les tribunaux devront alors s’atteler à la tâche difficile d’établir à quel point ces outils doivent être validés à l’égard de certains groupes. Bien qu’il soit souhaitable pour le SCC de chercher de meilleurs mécanismes de prise de décision, ce ne sont pas les tribunaux qui sont les mieux outillés pour se prêter à cet exercice, comparativement au SCC lui-même ou aux experts actuariels. L’article 24 n’était pas censé obliger les tribunaux à se pencher sur ce qui a mené à ces décisions.

[125] One can readily understand Mr. Ewert's frustration with the CSC's failure, after his repeated requests, to study the validity of the assessment tools when used with Indigenous offenders. The CSC responded to Mr. Ewert's 2005 grievance by telling him that they were studying the tools. The reviewing judges of the Federal Courts took note of the CSC's delayed response and declined to order costs to the CSC: *Ewert* (2007), at para. 71, *Ewert* (2008), at para. 11. A further decade has passed. This further delay, without any valid explanation, might make the CSC's actions unreasonable. But, that is not the issue that is now before us.

B. *What Is the Appropriate Remedy in This Case?*

[126] I would dismiss the appeal on the basis that s. 24(1) does not impose an obligation on the CSC to study the impugned tools, but in addition I differ from the majority as to the remedy. My colleague grants a declaration, relying on the exceptional circumstances of this case. Notwithstanding these circumstances, I would decline to do so.

[127] This Court has stated that “[t]he proper remedy for breach of statutory duty by a public authority, traditionally viewed, is judicial review for invalidity”: *Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551, at para. 9. Allowing inmates to apply to the Federal Court for a declaration that the CSC has violated s. 24 or some other provision would effectively bypass the ordinary process of judicial review. The consequences of a declaratory “bypass” of judicial review are significant. Such a remedy would fail to accord the deference that is typically shown to administrative decision makers. This could open the door to “undue interference with the discharge of administrative functions in respect of the matters delegated to administrative bodies by Parliament and legislatures”: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 27.

[125] On peut facilement comprendre la frustration de M. Ewert alors que, malgré ses demandes répétées, le SCC n'a pas mené d'étude sur la validité des outils d'évaluation à l'égard de délinquants autochtones. Le SCC a répondu au grief déposé en 2005 par M. Ewert en lui disant qu'il menait une étude sur ces outils. Les juges des cours fédérales siégeant en contrôle ont pris acte de la réaction tardive du SCC et ont refusé de lui accorder ses dépens : *Ewert* (2007), par. 71, *Ewert* (2008), par. 11. Il s'est depuis écoulé une autre décennie. Ce nouveau délai, pour lequel aucune explication valable n'a été fournie, pourrait rendre déraisonnables les mesures prises par le SCC. Mais là n'est pas la question dont nous sommes actuellement saisis.

B. *Quelle réparation convient-il d'accorder en l'espèce?*

[126] Je rejetterais le pourvoi au motif que le par. 24(1) n'impose pas au SCC l'obligation d'étudier les outils contestés, mais je ne suis en outre pas d'accord avec la majorité quant à la réparation à accorder. Mon collègue rend un jugement déclaratoire en s'appuyant sur les circonstances exceptionnelles de l'espèce. Malgré ces circonstances, je m'abstienrais de le faire.

[127] Notre Cour a déclaré que « [l]e recours traditionnellement reconnu lorsqu'une autorité publique manque à son obligation légale est la demande de contrôle judiciaire pour invalidité » : *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551, par. 9. Permettre aux détenus de s'adresser à la Cour fédérale afin d'obtenir un jugement déclarant que le SCC a violé l'art. 24 ou une autre disposition reviendrait dans les faits à contourner le processus ordinaire de contrôle judiciaire. Les conséquences d'un tel contournement sous forme de jugement déclaratoire sont importantes. Les décideurs administratifs n'auraient pas droit à la déférence qui leur est normalement accordée. Il pourrait s'ensuivre une « immixtion injustifiée dans l'exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur » : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 27.

[128] While I am sympathetic to Mr. Ewert's situation, it is unwise to depart from settled legal principles, even on the hard facts of this case.

V. Disposition

[129] I would dismiss the appeal.

APPENDIX

Relevant Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20

PART I

Institutional and Community Corrections

...

Purpose and Principles

Purpose of correctional system

3 The purpose of the federal correctional system is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by

[128] Bien que je sois sensible à la situation de M. Ewert, il est imprudent de s'écarter des principes juridiques établis, même au vu de la dure réalité en l'espèce.

V. Dispositif

[129] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

ANNEXE

Dispositions légales pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, c. 20

PARTIE I

Système correctionnel

...

Objet et principes

But du système correctionnel

3 Le système correctionnel vise à contribuer au maintien d'une société juste, vivant en paix et en sécurité, d'une part, en assurant l'exécution des peines par des mesures de

| | |
|---|---|
| <p>(a) carrying out sentences imposed by courts through the safe and humane custody and supervision of offenders; and</p> <p>(b) assisting the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens through the provision of programs in penitentiaries and in the community.</p> | <p>garde et de surveillance sécuritaires et humaines, et d'autre part, en aidant au moyen de programmes appropriés dans les pénitenciers ou dans la collectivité, à la réadaptation des délinquants et à leur réinsertion sociale à titre de citoyens respectueux des lois.</p> |
| <p>Paramount consideration</p> <p>3.1 The protection of society is the paramount consideration for the Service in the corrections process.</p> | <p>Critère prépondérant</p> <p>3.1 La protection de la société est le critère prépondérant appliqué par le Service dans le cadre du processus correctionnel.</p> |
| <p>Principles that guide Service</p> <p>4 The principles that guide the Service in achieving the purpose referred to in section 3 are as follows:</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>(c) the Service uses measures that are consistent with the protection of society, staff members and offenders and that are limited to only what is necessary and proportionate to attain the purposes of this Act;</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>(g) correctional policies, programs and practices respect gender, ethnic, cultural and linguistic differences and are responsive to the special needs of women, aboriginal peoples, persons requiring mental health care and other groups;</p> <p style="text-align: center;">...</p> | <p>Principes de fonctionnement</p> <p>4 Le Service est guidé, dans l'exécution du mandat visé à l'article 3, par les principes suivants :</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>c) il prend les mesures qui, compte tenu de la protection de la société, des agents et des délinquants, ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire et proportionnel aux objectifs de la présente loi;</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>g) ses directives d'orientation générale, programmes et pratiques respectent les différences ethniques, culturelles et linguistiques, ainsi qu'entre les sexes, et tiennent compte des besoins propres aux femmes, aux autochtones, aux personnes nécessitant des soins de santé mentale et à d'autres groupes;</p> <p style="text-align: center;">...</p> |
| <p>Information</p> <p>Service to obtain certain information about offender</p> <p>23 (1) When a person is sentenced, committed or transferred to penitentiary, the Service shall take all reasonable steps to obtain, as soon as is practicable,</p> <p>(a) relevant information about the offence;</p> | <p>Renseignements</p> <p>Obtention de renseignements</p> <p>23 (1) Le Service doit, dans les meilleurs délais après la condamnation ou le transfèrement d'une personne au pénitencier, prendre toutes mesures possibles pour obtenir :</p> <p>a) les renseignements pertinents concernant l'infraction en cause;</p> |

(b) relevant information about the person's personal history, including the person's social, economic, criminal and young-offender history;

(c) any reasons and recommendations relating to the sentencing or committal that are given or made by

(i) the court that convicts, sentences or commits the person, and

(ii) any court that hears an appeal from the conviction, sentence or committal;

(d) any reports relevant to the conviction, sentence or committal that are submitted to a court mentioned in subparagraph (c)(i) or (ii); and

(e) any other information relevant to administering the sentence or committal, including existing information from the victim, the victim impact statement and the transcript of any comments made by the sentencing judge regarding parole eligibility.

Access by offender

(2) Where access to the information obtained by the Service pursuant to subsection (1) is requested by the offender in writing, the offender shall be provided with access in the prescribed manner to such information as would be disclosed under the *Privacy Act* and the *Access to Information Act*.

Disclosure to Service

(3) No provision in the *Privacy Act* or the *Access to Information Act* shall operate so as to limit or prevent the Service from obtaining any information referred to in paragraphs (1)(a) to (e).

Accuracy, etc., of information

24 (1) The Service shall take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate, up to date and complete as possible.

b) les renseignements personnels pertinents, notamment les antécédents sociaux, économiques et criminels, y compris comme jeune contrevenant;

e) les motifs donnés par le tribunal ayant prononcé la condamnation, infligé la peine ou ordonné la détention — ou par le tribunal d'appel — en ce qui touche la peine ou la détention, ainsi que les recommandations afférentes en l'espèce;

d) les rapports remis au tribunal concernant la condamnation, la peine ou l'incarcération;

e) tous autres renseignements concernant l'exécution de la peine ou de la détention, notamment les renseignements obtenus de la victime, la déclaration de la victime quant aux conséquences de l'infraction et la transcription des observations du juge qui a prononcé la peine relativement à l'admissibilité à la libération conditionnelle.

Accès du délinquant aux renseignements

(2) Le délinquant qui demande par écrit que les renseignements visés au paragraphe (1) lui soient communiqués a accès, conformément au règlement, aux renseignements qui, en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et de la *Loi sur l'accès à l'information*, lui seraient communiqués.

Communication de renseignements au Service

(3) Aucune disposition de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ou de la *Loi sur l'accès à l'information* n'a pour effet d'empêcher ou de limiter l'obtention par le Service des renseignements visés aux alinéas (1)a) à e).

Exactitude des renseignements

24 (1) Le Service est tenu de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu'il utilise concernant les délinquants soient à jour, exacts et complets.

Correction of information

(2) Where an offender who has been given access to information by the Service pursuant to subsection 23(2) believes that there is an error or omission therein,

(a) the offender may request the Service to correct that information; and

(b) where the request is refused, the Service shall attach to the information a notation indicating that the offender has requested a correction and setting out the correction requested.

Service to give information to parole boards, etc.

25 (1) The Service shall give, at the appropriate times, to the Parole Board of Canada, provincial governments, provincial parole boards, police, and any body authorized by the Service to supervise offenders, all information under its control that is relevant to release decision-making or to the supervision or surveillance of offenders.

...

Disclosure of information to victims

26 (1) At the request of a victim of an offence committed by an offender, the Commissioner

(a) shall disclose to the victim the following information about the offender:

(i) the offender's name,

(ii) the offence of which the offender was convicted and the court that convicted the offender,

(iii) the date of commencement and length of the sentence that the offender is serving, and

(iv) eligibility dates and review dates applicable to the offender under this Act in respect of temporary absences or parole;

(b) may disclose to the victim any of the following information about the offender, where in the

Correction des renseignements

(2) Le délinquant qui croit que les renseignements auxquels il a eu accès en vertu du paragraphe 23(2) sont erronés ou incomplets peut demander que le Service en effectue la correction; lorsque la demande est refusée, le Service doit faire mention des corrections qui ont été demandées mais non effectuées.

Communication de renseignements

25 (1) Aux moments opportuns, le Service est tenu de communiquer à la Commission des libérations conditionnelles du Canada, aux gouvernements provinciaux, aux commissions provinciales de libération conditionnelle, à la police et à tout organisme agréé par le Service en matière de surveillance de délinquants les renseignements pertinents dont il dispose soit pour prendre la décision de les mettre en liberté soit pour leur surveillance.

...

Communication de renseignements à la victime

26 (1) Sur demande de la victime, le commissaire :

a) communique à celle-ci les renseignements suivants :

(i) le nom du délinquant,

(ii) l'infraction dont il a été trouvé coupable et le tribunal qui l'a condamné,

(iii) la date de début et la durée de la peine qu'il purge,

(iv) les dates d'admissibilité et d'examen applicables aux permissions de sortir ou à la libération conditionnelle;

b) peut lui communiquer tout ou partie des renseignements suivants si, à son avis, l'intérêt de la victime

Commissioner's opinion the interest of the victim in such disclosure clearly outweighs any invasion of the offender's privacy that could result from the disclosure:

- (i) the offender's age,
- (ii) the name and location of the penitentiary in which the sentence is being served,
 - (ii.1) if the offender is transferred, a summary of the reasons for the transfer and the name and location of the penitentiary in which the sentence is being served,
 - (ii.2) if the offender is to be transferred to a minimum security institution as designated by Commissioner's Directive and it is possible to notify the victim before the transfer, a summary of the reasons for the transfer and the name and location of the institution in which the sentence is to be served,
 - (ii.3) the programs that were designed to address the needs of the offender and contribute to their successful reintegration into the community in which the offender is participating or has participated,
 - (ii.4) the serious disciplinary offences that the offender has committed,
- (iii) information pertaining to the offender's correctional plan, including information regarding the offender's progress towards meeting the objectives of the plan,
- (iv) the date of any hearing for the purposes of a review under section 130,
- (v) that the offender has been removed from Canada under the *Immigration and Refugee Protection Act* before the expiration of the sentence, and
- (vi) [Repealed, 2015, c. 13, s. 46]
- (vii) whether the offender is in custody and, if not, the reason why the offender is not in custody;

justifierait nettement une éventuelle violation de la vie privée du délinquant :

- (i) l'âge du délinquant,
- (ii) le nom et l'emplacement du pénitencier où il est détenu,
 - (ii.1) en cas de transfèrement dans un autre pénitencier, le nom et l'emplacement de celui-ci et un résumé des motifs du transfèrement,
 - (ii.2) dans la mesure du possible, un préavis du transfèrement dans un établissement à sécurité minimale au sens des directives du commissaire, le nom et l'emplacement de l'établissement et un résumé des motifs du transfèrement,
 - (ii.3) les programmes visant à répondre aux besoins et à contribuer à la réinsertion sociale des délinquants auxquels le délinquant participe ou a participé,
 - (ii.4) les infractions disciplinaires graves qu'il a commises,
- (iii) des renseignements concernant son plan correctionnel, notamment les progrès qu'il a accomplis en vue d'en atteindre les objectifs,
- (iv) la date de toute audience prévue à l'égard de l'examen visé à l'article 130,
- (v) son renvoi du Canada dans le cadre de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* avant l'expiration de sa peine,
- (vi) [Abrogé, 2015, ch. 13, art. 46]
- (vii) s'il est sous garde et, le cas échéant, les raisons pour lesquelles il ne l'est pas;

(c) shall disclose to the victim any of the following information about the offender, if, in the Commissioner's opinion, the disclosure would not have a negative impact on the safety of the public:

(i) the date, if any, on which the offender is to be released on temporary absence, work release, parole or statutory release,

(ii) the conditions attached to the offender's temporary absence, work release, parole or statutory release,

(iii) the destination of the offender on any temporary absence, work release, parole or statutory release, whether the offender will be in the vicinity of the victim while travelling to that destination and the reasons for any temporary absence; and

(d) shall provide the victim with access to a photograph of the offender taken on the occurrence of the earliest of any of the following — and any subsequent photograph of the offender taken by the Service — if, in the Commissioner's opinion, to do so would not have a negative impact on the safety of the public:

(i) the release of the offender on unescorted temporary absence,

(ii) the offender's work release,

(iii) the offender's release on parole, and

(iv) the offender's release by virtue of statutory release or the expiration of the sentence.

...

Information to be given to offenders

27 (1) Where an offender is entitled by this Part or the regulations to make representations in relation to a decision to be taken by the Service about the offender, the person or body that is to take the decision shall, subject to subsection (3), give the offender, a reasonable period before the decision is to be taken, all the information to be considered in the taking of the decision or a summary of that information.

c) lui communique tout ou partie des renseignements ci-après si, à son avis, cette communication n'aurait pas d'incidence négative sur la sécurité du public :

(i) la date de la mise en liberté du délinquant au titre d'une permission de sortir, d'un placement à l'extérieur ou de la libération conditionnelle ou d'office,

(ii) les conditions dont est assorti la permission de sortir, le placement à l'extérieur ou la libération conditionnelle ou d'office,

(iii) la destination du délinquant lors de sa permission de sortir et les raisons de celle-ci, sa destination lors de son placement à l'extérieur, sa libération conditionnelle ou d'office et son éventuel rapprochement de la victime, selon son itinéraire;

d) lui donne accès à une photographie du délinquant au premier des événements ci-après, ou à toute nouvelle photographie du délinquant prise par le Service par la suite, si, à son avis, cet accès n'aurait pas d'incidence négative sur la sécurité du public :

(i) la mise en liberté du délinquant lors d'une permission de sortir sans escorte,

(ii) son placement à l'extérieur,

(iii) sa libération conditionnelle,

(iv) sa libération d'office ou l'expiration de sa peine.

...

Communication de renseignements au délinquant

27 (1) Sous réserve du paragraphe (3), la personne ou l'organisme chargé de rendre, au nom du Service, une décision au sujet d'un délinquant doit, lorsque celui-ci a le droit en vertu de la présente partie ou des règlements de présenter des observations, lui communiquer, dans un délai raisonnable avant la prise de décision, tous les renseignements entrant en ligne de compte dans celle-ci, ou un sommaire de ceux-ci.

Idem

(2) Where an offender is entitled by this Part or the regulations to be given reasons for a decision taken by the Service about the offender, the person or body that takes the decision shall, subject to subsection (3), give the offender, forthwith after the decision is taken, all the information that was considered in the taking of the decision or a summary of that information.

Appeal allowed in part, CÔTÉ and ROWE JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Gratl & Company, Vancouver; Eric Purtzki, Vancouver.

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

Solicitors for the interveners the Native Women's Association of Canada and the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa; Native Women's Association of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Mental Health Legal Committee: Perez Bryan Procope, Toronto; Advocacy Centre for the Elderly, Toronto.

Solicitors for the interveners the West Coast Prison Justice Society and the Prisoners' Legal Services: Nanda & Company, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services: Aboriginal Legal Services, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Presser Barristers, Toronto.

Solicitors for the interveners the British Columbia Civil Liberties Association and the Union of British Columbia Indian Chiefs: Champ & Associates, Ottawa.

Idem

(2) Sous réserve du paragraphe (3), cette personne ou cet organisme doit, dès que sa décision est rendue, faire connaître au délinquant qui y a droit au titre de la présente partie ou des règlements les renseignements pris en compte dans la décision, ou un sommaire de ceux-ci.

Pourvoi accueilli en partie, les juges CÔTÉ et ROWE sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appelant : Gratl & Company, Vancouver; Eric Purtzki, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs des intervenantes l'Association des femmes autochtones du Canada et l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa; Association des femmes autochtones du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant Mental Health Legal Committee : Perez Bryan Procope, Toronto; Advocacy Centre for the Elderly, Toronto.

Procureurs des intervenants West Coast Prison Justice Society et Prisoners' Legal Services : Nanda & Company, Edmonton.

Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Procureur de l'intervenant Aboriginal Legal Services : Aboriginal Legal Services, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Presser Barristers, Toronto.

Procureurs des intervenantes British Columbia Civil Liberties Association et l'Union des Chefs indiens de la Colombie-Britannique : Champ & Associates, Ottawa.

Canadian Human Rights Commission
Appellant

v.

Attorney General of Canada *Respondent*

and

Attorney General of Quebec, Tania Zulkoskey, Income Security Advocacy Centre, Sudbury Community Legal Clinic, Chinese and Southeast Asian Legal Clinic, Community Legal Assistance Society, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Canadian Muslim Lawyers Association, Council of Canadians with Disabilities, Women’s Legal Education and Action Fund, Native Women’s Association of Canada, Amnesty International, First Nations Child and Family Caring Society of Canada, Jeremy E. Matson, African Canadian Legal Clinic, Aboriginal Legal Services and Public Service Alliance of Canada *Interveners*

INDEXED AS: CANADA (CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

2018 SCC 31

File No.: 37208.

2017: November 28; 2018: June 14.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Canadian Human Rights Tribunal dismissing complaints alleging that provisions of Indian Act precluding registration of complainants’ children as “Indians” constituted discriminatory provision of services — Tribunal

Commission canadienne des droits de la personne *Appelante*

c.

Procureur général du Canada *Intimé*

et

Procureure générale du Québec, Tania Zulkoskey, Centre d’action pour la sécurité du revenu, Clinique juridique communautaire de Sudbury, Chinese and Southeast Asian Legal Clinic, Community Legal Assistance Society, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Association canadienne des avocats musulmans, Conseil des Canadiens avec déficiences, Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes, Association des femmes autochtones du Canada, Amnistie internationale, Société de soutien à l’enfance et à la famille des Premières Nations du Canada, Jeremy E. Matson, Bureau d’Aide Juridique Afro-Canadien, Aboriginal Legal Services et Alliance de la fonction publique du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE) c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

2018 CSC 31

N° du greffe : 37208.

2017 : 28 novembre; 2018 : 14 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Rejet par le Tribunal canadien des droits de la personne de plaintes selon lesquelles des dispositions de la Loi sur les Indiens empêchant les enfants des plaignants d’être inscrits à titre d’« Indiens » constituaient

finding that complaints involved direct challenge to s. 6 of Indian Act and that legislation not included in the meaning of “services” under s. 5 of Canadian Human Rights Act — Whether Tribunal’s decisions reviewable on standard of reasonableness or correctness.

Human rights — Discriminatory practices — Provision of services — Indians — Status eligibility — Registration — Human rights complaints alleging that provisions of Indian Act precluding registration of complainants’ children as “Indians” discriminated in provision of services customarily available to general public on grounds of race, national or ethnic origin, sex or family status — Whether complaints constituted direct attack on legislation or whether they concerned discrimination in provision of service — Meaning of “services” under s. 5 of Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6.

This appeal concerns several complaints alleging that Indian and Northern Affairs Canada engaged in a discriminatory practice in the provision of services contrary to s. 5 of the *Canadian Human Rights Act* (“CHRA”) when it denied a form of registration under the *Indian Act* that the complainants would have been entitled to if past discriminatory policies, now repealed, had not been enacted.

In two separate decisions, the Canadian Human Rights Tribunal determined that the complaints were a direct attack on the *Indian Act*. As legislation was not a service under the CHRA, it dismissed the complaints. On judicial review, both the Federal Court and the Federal Court of Appeal found that the Tribunal decisions were reasonable and should be upheld.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: Where an administrative body interprets its home statute, there is a well-established presumption that the reasonableness standard applies. The presumption may be rebutted and the correctness standard applied where one of the categories identified in *Dunsmuir* can be established or, exceptionally, where a contextual inquiry shows a clear legislative intent that

un acte discriminatoire dans la prestation de services — Conclusion du Tribunal portant que les plaintes constituaient une attaque directe contre l’art. 6 de la Loi sur les Indiens et que les textes de loi ne sont pas compris dans le sens du terme « services » figurant à l’art. 5 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Les décisions du Tribunal sont-elles assujetties à la norme de la décision raisonnable ou à celle de la décision correcte?

Droits de la personne — Pratiques discriminatoires — Prestation de services — Indiens — Droit au statut d’« Indien » — Inscription — Plaintes relatives aux droits de la personne selon lesquelles les dispositions de la Loi sur les Indiens empêchant les enfants des plaignants d’être inscrits à titre d’« Indiens » constituaient un acte discriminatoire dans le cadre de la prestation de services destinés au public fondé sur la race, l’origine nationale ou ethnique, le sexe ou la situation de famille — Les plaintes constituaient-elles une attaque directe contre un texte de loi ou mettaient-elles en cause un acte discriminatoire dans la prestation d’un service? — Sens de « services » aux termes de l’art. 5 de la Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, c. H-6.

Le présent pourvoi concerne plusieurs plaintes dans lesquelles il est allégué qu’Affaires indiennes et du Nord Canada a commis un acte discriminatoire dans le cadre de la prestation de services, en contravention de l’art. 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (« LCDP »), lorsqu’il a privé les plaignants d’une forme d’inscription à laquelle ceux-ci auraient eu droit sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, si les politiques discriminatoires antérieures, maintenant abrogées, n’avaient pas été adoptées.

Dans deux décisions distinctes, le Tribunal canadien des droits de la personne a statué que les plaintes constituaient une attaque directe à la *Loi sur les Indiens*. Puisque la loi n’était pas un service aux termes de la LCDP, il a rejeté les plaintes. Saisies de demandes de contrôle judiciaire, la Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale ont toutes deux conclu que les décisions rendues par le Tribunal étaient raisonnables et devaient être maintenues.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon : Lorsqu’un tribunal administratif interprète sa loi constitutive, il existe une présomption bien établie selon laquelle la décision est assujettie à la norme de la décision raisonnable. Cette présomption peut être réfutée, et la norme de la décision correcte appliquée, lorsqu’il est possible d’établir que les questions en jeu relèvent des catégories énumérées dans

the correctness standard be applied. In applying the standard of review analysis, there is no principled difference between a human rights tribunal and any other decision maker interpreting its home statute.

In both of its decisions, the Tribunal was called upon to characterize the complaints before it and ascertain whether a discriminatory practice had been made out under the *CHRA*. This falls squarely within the presumption of deference. The Tribunal clearly had the authority to hear a complaint about a discriminatory practice, and the question of what falls within the meaning of “services” is no more exceptional than questions previously found by the Court not to be true questions of jurisdiction. To find that the Tribunal was faced with a true question of *vires* here would only risk disinterring the jurisdiction/preliminary question doctrine that was clearly put to rest in *Dunsmuir*. Plainly, the definition of a service under the *CHRA* is not a true question of *vires*.

The category of true questions of *vires* is confined to instances where the decision maker must determine whether it has the authority to enter into the inquiry before it. Since its inclusion as a category of correctness review in *Dunsmuir*, the concept of true questions of *vires* has been as elusive as it has been controversial. In applying *Dunsmuir*, the Court has been unable to identify a single instance where this category was found to be applicable. Since *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, the Court has reasserted the narrow and exceptional nature of this category. The difficult distinction between simple questions of jurisdiction (i.e., questions that determine the scope of one's authority) and true questions of *vires* (i.e., questions that determine whether one has authority to enter into the inquiry) has, however, tempted litigants and judges alike to return to a broad understanding of jurisdiction as justification for correctness review. The elusive search for true questions of *vires* may thus both threaten certainty for litigants and undermine legislative supremacy. While some have advocated for the conceptual necessity of correctness review for jurisdiction, reasonableness review is often more than sufficient to fulfil the courts' supervisory role with regard to the jurisdiction of the executive. Absent full submissions by the parties on

Dunsmuir ou, exceptionnellement, lorsqu'une analyse contextuelle révèle que le législateur avait clairement l'intention que la norme de la décision correcte s'applique. Lors de l'analyse relative à la norme de contrôle applicable, il n'existe aucune distinction de principe entre un tribunal des droits de la personne interprétant sa loi constitutive et tout autre décideur interprétant la sienne.

Dans ses deux décisions, le Tribunal a été appelé à qualifier les plaintes dont il était saisi et à vérifier si l'existence d'un acte discriminatoire au sens de la *LCDP* avait été établie. Cette démarche est clairement visée par la présomption de déférence. Il ne fait aucun doute que le Tribunal avait le pouvoir d'instruire une plainte portant sur un acte discriminatoire, et la question de savoir ce qu'inclut le terme « services » n'a rien de plus exceptionnel que les questions qui ont déjà été jugées par la Cour comme n'étant pas des questions touchant véritablement à la compétence. Conclure que le Tribunal devait trancher une question touchant véritablement à la compétence en l'espèce risquerait uniquement de tirer de l'oubli la théorie de la compétence ou de la condition préalable qui a clairement été mise au rancart dans *Dunsmuir*. En clair, définir ce qui constitue un service aux termes de la *LCDP* n'est pas une question touchant véritablement à la compétence.

La catégorie des questions touchant véritablement à la compétence se limite aux situations où le décideur est appelé à déterminer s'il a la faculté de connaître de la question. Depuis son inclusion, dans l'arrêt *Dunsmuir*, au sein des catégories de questions appelant la norme de la décision correcte, la notion de question touchant véritablement à la compétence s'est révélée aussi insaisissable que controversée. Toutes les fois où elle a été appliquée l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour n'a jamais été en mesure de trouver un seul cas où cette catégorie aurait pu être jugée applicable. Depuis l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, la Cour a réaffirmé le caractère restrictif et la nature exceptionnelle de cette catégorie. Cependant, en raison de la distinction difficile à faire entre les simples questions de compétence (soit celles permettant de décider de l'étendue du pouvoir d'une personne) et les questions touchant véritablement à la compétence (soit celles permettant de décider si la personne a compétence pour procéder à l'instruction), les avocats tout comme les juges sont tentés de revenir à une interprétation large de la notion de compétence pour justifier l'application de la norme de la décision correcte. En conséquence, la recherche illusoire de questions touchant véritablement à la compétence peut mettre en péril la

this issue it will be for future litigants to establish whether or not this category remains necessary.

The category of questions of law that are both of central importance to the legal system as a whole and outside the decision maker's specialized area of expertise does not apply here. The Court has rejected a liberal application of this category. Regardless of the importance of the questions before the Tribunal, they were clearly within the Tribunal's expertise. The ability of other federal tribunals to apply the *CHRA* does not rob the Tribunal of its expertise in its home statute.

Finally, a contextual analysis would not rebut the presumption in this case either. Where the presumption of reasonableness applies, the contextual approach should be applied sparingly in order to avoid uncertainty and endless litigation concerning the standard of review analysis. Indeed, the presumption of reasonableness was intended to prevent litigants from undertaking a full standard of review analysis in every case. As such, the presumption of reasonableness review and the identified categories will generally be sufficient to determine the applicable standard. Where a contextual analysis may be justified to rebut the presumption it need not be a long and detailed one. Changes to "foundational legal tests" are not clear indicators of legislative intent, and do not warrant the application of the contextual approach or, by extension, correctness review. Nor do the absence of a privative clause, the fact that other administrative tribunals may consider the *CHRA*, the potential for conflicting lines of authority, or the nature of the question at issue and the purpose of the Tribunal.

The presumption of deference is not rebutted and the reasonableness standard applies to the review of the Tribunal's decisions. In its application, reasonableness review recognizes the legitimacy of multiple possible

certitude dont ont besoin les parties et miner la suprématie législative. Bien que certains aient préconisé la nécessité conceptuelle d'un examen de la compétence en fonction de la norme de la décision correcte, l'application de la norme de la raisonabilité permet bien souvent aux tribunaux de remplir aisément leur fonction de surveillance à l'égard de la compétence de l'exécutif. Comme les parties n'ont pas présenté d'observations complètes sur cette question, ce sera aux éventuelles parties à un litige d'établir si cette catégorie est toujours nécessaire.

La catégorie des questions de droit qui, à la fois, présentent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, et sont étrangères au domaine d'expertise du décideur ne s'applique pas en l'espèce. La Cour a rejeté une application libérale de cette catégorie. Indépendamment de l'importance des questions soumises au Tribunal, celles-ci relevaient clairement de son expertise. Le fait que d'autres tribunaux fédéraux soient habilités à appliquer la *LCDP* ne dépouille nullement le Tribunal de son expertise relativement à sa loi constitutive.

Enfin, une analyse contextuelle ne réfuterait pas non plus la présomption en l'espèce. Lorsque la présomption d'application de la norme de la raisonabilité joue, l'approche contextuelle devrait être appliquée avec parcimonie afin d'éviter l'incertitude et d'interminables litiges au sujet de l'analyse relative à la norme de contrôle applicable. D'ailleurs, la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable se voulait un moyen d'éviter aux parties d'avoir systématiquement à passer par une analyse exhaustive de la norme de contrôle applicable. Ainsi, la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable et les catégories déjà énumérées suffiront généralement pour déterminer la norme de contrôle applicable. Dans les cas où il serait justifié de recourir à une analyse contextuelle pour repousser la présomption, celle-ci n'a pas à être longue et détaillée. Les modifications apportées aux « critères juridiques fondamentaux » ne sont pas des indications claires de l'intention du législateur, et ne justifient pas l'application de l'analyse contextuelle, ou, par extension, de la norme de la décision correcte, pas plus que l'absence de clause privative, le fait que d'autres tribunaux administratifs peuvent trancher des questions relatives à la *LCDP*, la possibilité que des courants jurisprudentiels divergents existent ou la nature de la question en litige et l'objet du Tribunal.

La présomption de déférence n'est pas réfutée, et la norme de la décision raisonnable s'applique au contrôle des décisions du Tribunal. Lorsqu'elle est appliquée, la norme de la raisonabilité reconnaît qu'il peut légitimement y

outcomes, even where they are not the court's preferred solution. In reasonableness review, the reviewing court is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process and with determining whether the outcome falls within a range of possible, acceptable outcomes that are defensible in respect of the facts and law. When applied to a statutory interpretation exercise, reasonableness review recognizes that the delegated decision maker is better situated to understand the policy concerns and context needed to resolve any ambiguities in the statute. Reviewing courts must also refrain from reweighing and reassessing the evidence considered by the decision maker.

Both of the Tribunal's decisions were reasonable and should be upheld. The Tribunal provided careful and well-considered reasons explaining why the complaints had not established a discriminatory practice under the *CHRA*. In coming to their conclusion, the adjudicators considered the complainants' evidence and submissions, the governing jurisprudence, the purpose, nature and scheme of the *CHRA*, and relevant policy considerations. The decisions meet the *Dunsmuir* standard of intelligibility, transparency and justifiability, and fall within the range of reasonable outcomes. Specifically, the adjudicators reasonably concluded that the complaints before them were properly characterized as direct attacks on legislation, and that legislation in general did not fall within the meaning of "services". Although human rights tribunals have taken various approaches to making a distinction between administrative services and legislation, this is a question of mixed fact and law squarely within their expertise, and they are best situated to develop an approach to making such distinctions.

Per Côté and Rowe JJ.: Reasonableness is the presumptive standard for the review of questions that involve the tribunal's interpretation and application of its home statute. There are, however, two situations where the presumption will not apply. First, the jurisprudence recognizes four categories of questions that will necessarily attract review on a standard of correctness: constitutional questions, questions of law that are both of central importance to the legal system and that are outside of the

avoir de multiples issues possibles, même lorsque celles-ci ne correspondent pas à la solution optimale que la cour de révision aurait elle-même retenue. Lorsqu'une cour de révision examine une décision selon la norme de la décision raisonnable, elle doit principalement s'intéresser à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, de même qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Lorsqu'elle est appliquée à l'interprétation législative, la norme de la décision raisonnable reconnaît que le décideur, titulaire de pouvoirs délégués, est le mieux placé pour comprendre les considérations de politique générale et le contexte qu'il faut connaître pour résoudre toute ambiguïté dans le texte de loi. Les cours de révision doivent par ailleurs éviter de soupeser et d'apprécier à nouveau la preuve prise en compte par le décideur.

Les deux décisions du Tribunal sont raisonnables, et elles devraient être maintenues. Le Tribunal a fourni des motifs soigneusement rédigés et mûrement réfléchis où il a expliqué les raisons pour lesquelles les plaignants n'avaient pas réussi à établir l'existence d'un acte discriminatoire au sens de la *LCDP*. Pour parvenir à cette conclusion, les membres décideurs ont étudié les éléments de preuve et les observations des plaignants, la jurisprudence applicable, l'objet, la nature et l'économie de la *LCDP* et enfin, les considérations de politique générale pertinentes. Les décisions en cause respectent les critères de justification, de transparence et d'intelligibilité définis dans *Dunsmuir*, et elles appartiennent aux issues possibles raisonnables. Plus précisément, les membres décideurs ont raisonnablement conclu que les plaintes portées devant eux pouvaient être qualifiées à bon droit d'attaques directes contre un texte de loi, et que les textes de loi en général ne constituaient pas des « services ». Même si les tribunaux des droits de la personne ont adopté diverses approches pour faire une distinction entre les services administratifs et la législation, il s'agit d'une question mixte de fait et de droit qui relève directement de leur champ d'expertise, et ils sont les mieux placés pour élaborer une approche permettant d'établir les distinctions de cette nature.

Les juges Côté et Rowe : Il convient de présumer que la norme de la décision raisonnable s'applique aux décisions qui impliquent l'interprétation et l'application par le tribunal de sa loi constitutive. Il existe toutefois deux situations où cette présomption ne s'appliquera pas. Premièrement, la jurisprudence reconnaît quatre catégories de questions qui devront nécessairement être examinées selon la norme de la décision correcte : les questions constitutionnelles, les questions de droit qui

tribunal's specialized area of expertise, questions that involve the drawing of jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals and true questions of jurisdiction. Second, the presumption of reasonableness will be rebutted if the contextual factors listed in *Dunsmuir* point towards correctness as the appropriate standard. This contextual approach does not play merely a subordinate role in the standard of review analysis. Resort to this approach is not exceptional and the framework set out in *Dunsmuir* is manifestly contextual in nature.

While any uncertainty surrounding the jurisdictional question category ought to be resolved another day, the Court has recognized that the concept of jurisdiction continues to play a crucial role in administrative law and has made clear that administrative decision makers must be correct in their determinations as to the scope of their delegated authority. This is because jurisdictional questions are fundamentally tied to both the maintenance of legislative supremacy, which requires that a given statutory body operate within the sphere in which the legislature intended that it operate, as well as the rule of law, which requires that all exercises of delegated authority find their source in law.

Since the interpretation of s. 5 of the *Canadian Human Rights Act* is at issue in this case, it is agreed that reasonableness presumptively applies. However, and without deciding on whether the nature of the question at issue falls within a category of correctness, the relevant contextual factors listed in *Dunsmuir* lead to the conclusion that the presumption of reasonableness has been rebutted in this case, such that the appropriate standard of review is correctness. Firstly, Parliament opted not to shield the Tribunal's decisions from exacting review behind a privative clause. Secondly, provisions within a given human rights statute must be interpreted consistently across courts and tribunals tasked with its application. Applying a non-deferential correctness standard allows the courts to provide meaningful guidance as to the scope of these fundamentally important human rights protections, and ensure respect for the rule of law in such cases. Finally, the Tribunal's decision responds to a question of law with a constitutional dimension: Who gets to decide what types of challenges can be brought against legislative action? Because this question necessarily implicates the rule of law and the constitutional duty of superior courts to uphold this fundamental

revêtent une importance capitale pour le système juridique et qui sont étrangères au domaine d'expertise du tribunal, les questions impliquant la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents, ainsi que les questions touchant véritablement à la juridiction. Deuxièmement, la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable sera réfutée si les facteurs contextuels énumérés dans l'arrêt *Dunsmuir* tendent plutôt vers la norme de la décision correcte. Cette approche contextuelle ne joue pas qu'un rôle subordonné dans l'analyse relative à la norme de contrôle. Le recours à une telle analyse n'a rien d'exceptionnel et le cadre d'analyse établi dans *Dunsmuir* est manifestement de nature contextuelle.

Bien que toute incertitude qui entoure la catégorie de questions touchant la juridiction devra être réglée à une autre occasion, la Cour a reconnu que la notion de juridiction a joué, et joue encore, un rôle essentiel en droit administratif et a clairement indiqué que les décideurs administratifs doivent déterminer correctement la portée du pouvoir qui leur a été délégué. Il en est ainsi parce que les questions de juridiction sont fondamentalement liées tant au maintien de la suprématie législative — qui exige qu'un organisme statutaire donné agisse dans les limites que le législateur a prévues — qu'au respect de la primauté du droit — qui veut que tout exercice de l'autorité déléguée procède de la loi.

Puisque l'interprétation de l'art. 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est en cause dans la présente affaire, il est convenu que l'application de la norme de la décision raisonnable doit être présumée. Cependant, et sans décider si cette question appartient à l'une ou l'autre des catégories qui appellent l'application de la norme de la décision correcte, les facteurs contextuels pertinents énumérés dans *Dunsmuir* mènent à la conclusion que la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable a été réfutée en l'espèce, et que la norme qu'il convient d'appliquer est donc celle de la décision correcte. D'abord, le législateur a décidé de ne pas soustraire les décisions du Tribunal à un contrôle rigoureux au moyen d'une clause privative. Ensuite, les tribunaux judiciaires et administratifs chargés de l'application d'une loi donnée sur les droits de la personne doivent interpréter uniformément ses dispositions. L'application de la norme de la décision correcte, qui commande peu de déférence, permet aux cours de fournir des directives utiles quant à la portée de ces protections fondamentalement importantes en matière de droits de la personne et d'assurer le respect de la primauté du droit en pareils cas. Finalement, la décision du Tribunal répond à une question de droit qui comporte

principle, no deference is owed to the Tribunal's decision in these circumstances.

There is no dispute that the presumption of deference is not rebutted, solely by either the omission of a privative clause or by the potential for conflicting lines of authority. But while neither factor may independently call for correctness, they are each indicia that point toward correctness as the appropriate standard.

The wording of s. 5 of the *Canadian Human Rights Act* focuses on the provision of services and the language suggests that it is geared towards discrimination perpetrated by service providers. The complainants sought to challenge the registration provisions of the *Indian Act* as making discriminatory distinctions on the basis of race, national or ethnic origin, sex and family status. They did not challenge the actions of the Registrar in processing their applications. Therefore, at their core, these complaints are about Parliament's decision not to extend "Indian" status to persons in similar circumstances. This was properly characterized by the Tribunal as a bare challenge to legislation. Parliament is not a service provider and was not providing a service when it enacted the registration provisions of the *Indian Act*. Parliament can be distinguished from the administrative decision makers that operate under legislative authority. These individuals and statutory bodies, which include the Registrar, may be service providers, and if they use their statutory discretion in a manner that effectively denies access to a service or makes an adverse differentiation on the basis of a prohibited ground, s. 5 will be engaged. But, when they are engaged simply in applying valid legislation, the challenge is not to the provision of services, but to the legislation itself. The Tribunal was correct in dismissing the complaints for want of an underlying discriminatory practice.

Per Brown J.: It is agreed that the Tribunal's answers to the questions before it were both reasonable and correct. However, the majority's discussion regarding true questions of jurisdiction omits a central point that, while not determinative, is an important consideration which

une dimension constitutionnelle : qui peut décider du type de contestations pouvant être présentées à l'encontre d'une mesure législative? Puisque cette question fait nécessairement intervenir la primauté du droit et l'obligation constitutionnelle des cours supérieures d'assurer le respect de ce principe fondamental, il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence à l'égard de la décision du Tribunal dans ces circonstances.

Nul ne conteste que la présomption de déférence n'est pas réfutée seulement par l'absence d'une clause privative ou par l'éventualité de courants jurisprudentiels contradictoires. Bien qu'aucun de ces facteurs ne puisse à lui seul commander l'application de la norme de la décision correcte, ce sont tous des indices qui militent en faveur de la norme de la décision correcte.

Le libellé de l'art. 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* met l'accent sur la prestation de services et donne à penser qu'il est axé sur la discrimination exercée par un fournisseur de services. Les plaignants cherchaient à contester les dispositions en matière d'inscription de la *Loi sur les Indiens* au motif qu'elles créaient des distinctions illicites du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur sexe et de leur situation de famille. Ils n'ont pas contesté les actes du Registraire dans le cadre du traitement de leurs demandes. En conséquence, ces plaintes portent pour l'essentiel sur la décision du Parlement de rendre inaccessible le statut d'« Indien » aux personnes dans des circonstances semblables. Le Tribunal a correctement qualifié ces plaintes de simple contestation d'une loi. Le législateur n'est pas un fournisseur de services, et il ne fournissait pas un service lorsqu'il a adopté les dispositions en matière d'inscription de la *Loi sur les Indiens*. Le Parlement se distingue des décideurs administratifs qui exercent leurs fonctions conformément à une autorisation statutaire. Ces derniers et les organismes statutaires, dont le Registraire, pourraient être considérés comme des fournisseurs de services, et s'ils utilisent leur pouvoir discrétionnaire conféré par la loi d'une manière qui prive un individu de ces services ou qui le défavorise sur le fondement d'un motif de distinction illicite, l'art. 5 s'applique. Toutefois, lorsque leur travail consiste simplement à appliquer des lois valides, la contestation ne vise pas la prestation de services, mais la loi elle-même. C'est à bon droit que le Tribunal a rejeté les plaintes au motif qu'il n'y avait aucun acte discriminatoire sous-jacent.

Le juge Brown : Il est convenu que les réponses du Tribunal aux questions qui lui ont été soumises étaient raisonnables et correctes. Cependant, dans leur analyse des questions touchant véritablement à la compétence, les juges majoritaires passent sous silence un point central

militates against its suggestion that this category of correctness review might be “euthanized”. In *Dunsmuir*, this Court wrote that “the rule of law is affirmed by assuring that the courts have the final say on the jurisdictional limits of a tribunal’s authority”. This presupposes not only that the treatment of such questions is a matter of first importance, but that such questions continue to exist. Deciding whether and how any “euthanizing” the category of true questions of jurisdiction is to proceed will require a measure of circumspection. Abolition of that category will necessitate a concomitant shift towards a more flexible, rather than a strictly binary standard of review framework. There is also concern with the extremely narrow scope for contextual analysis that the majority states, and which would significantly impede that necessary flexibility. Statements suggesting that contextual review should be applied sparingly or that it plays a subordinate role are not easily reconciled with the majority’s acknowledgement that reviewing courts ought to examine factors that show a clear legislative intent justifying the rebuttal of the presumption. If one is considering factors which show legislative intent, one is undertaking a contextual analysis.

Cases Cited

By Gascon J.

Applied: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **considered:** *Public Service Alliance of Canada v. Canada Revenue Agency*, 2012 FCA 7, 428 N.R. 240; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; **referred to:** *Canada (Attorney General) v. Larkman*, 2012 FCA 204, [2012] 4 C.N.L.R. 87; *Matson v. Canada (Indian and Northern Affairs)*, 2013 CHRT 13; *Andrews v. Canada (Indian and Northern Affairs)*, 2013 CHRT 21; *Canada (Attorney General) v. Watkin*, 2008 FCA 170, 378 N.R. 268; *P.S.A.C. v. Canada (Revenue Agency)*, 2010 CHRT 9, [2011] 1 C.T.C. 215; *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24; *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté*

qui, sans être déterminant, semble être une considération importante militant contre leur proposition d’« en finir avec » cette catégorie de questions assujetties à un contrôle selon la norme de la décision correcte. Dans *Dunsmuir*, la Cour a écrit que « la primauté du droit est consacrée par le pouvoir d’une cour de justice de statuer en dernier ressort sur l’étendue de la compétence d’un tribunal administratif ». Cela suppose non seulement que l’examen de ces questions est de la plus haute importance, mais également que ces questions existent toujours. Il faut donc faire preuve de circonspection pour décider de l’opportunité et, le cas échéant, de la manière d’« en finir avec » la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence. L’abolition de cette catégorie devra s’accompagner d’une transition concomitante à un cadre plus souple relatif à la norme de contrôle, plutôt qu’à un cadre strictement binaire. Il existe aussi des préoccupations quant à la portée extrêmement restreinte attribuée par les juges majoritaires à l’analyse contextuelle, portée qui nuira considérablement à la souplesse nécessaire. Il n’est pas facile de concilier les affirmations donnant à penser qu’il faut procéder à un examen contextuel avec parcimonie ou que cet examen joue un rôle subordonné et la reconnaissance par les juges majoritaires du fait que les cours de révision devraient examiner les facteurs qui révèlent une intention claire du législateur justifiant la réfutation de la présomption. Si l’on tient compte des facteurs qui révèlent l’intention du législateur, on procède dans les faits à une analyse contextuelle.

Jurisprudence

Citée par le juge Gascon

Arrêt appliqué : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêts examinés :** *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu)*, 2012 CAF 7; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; **arrêts mentionnés :** *Canada (Procureur général) c. Larkman*, 2012 CAF 204; *Matson c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2013 TCDP 13; *Andrews c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2013 TCDP 21; *Canada (Procureur général) c. Watkin*, 2008 CAF 170, 378 N.R. 268; *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu)*, 2010 TCDP 9; *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24; *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Québec*

urbaine de Montréal, 2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Quebec (Attorney General) v. Guérin*, 2017 SCC 42, [2017] 2 S.C.R. 3; *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Stewart v. Elk Valley Coal Corp.*, 2017 SCC 30, [2017] 1 S.C.R. 591; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission*, 133 S. Ct. 1863 (2013); *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 SCC 45, [2015] 3 S.C.R. 219; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary*, 2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *Commission scolaire de Laval v. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 SCC 8, [2016] 1 S.C.R. 29; *Barreau du Québec v. Quebec (Attorney General)*, 2017 SCC 56, [2017] 2 S.C.R. 488; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Beattie v. Canada (Aboriginal*

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Québec (Procureure générale) c. Guérin*, 2017 CSC 42, [2017] 2 R.C.S. 3; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Stewart c. Elk Valley Coal Corp.*, 2017 CSC 30, [2017] 1 R.C.S. 591; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *City of Arlington, Texas c. Federal Communications Commission*, 133 S. Ct. 1863 (2013); *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 CSC 45, [2015] 3 R.C.S. 219; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 CSC 8, [2016] 1 R.C.S. 29; *Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Domtar Inc.*

Affairs and Northern Development), 2014 CHRT 1; *Canada (Attorney General) v. Davis*, 2013 FC 40, 425 F.T.R. 200; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 445, [2013] 4 F.C.R. 545; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; *Descheneaux v. Canada (Attorney General)*, 2015 QCCS 3555, [2016] 2 C.N.L.R. 175; *McIvor v. Canada (Indian and Northern Affairs, Registrar)*, 2009 BCCA 153, 306 D.L.R. (4th) 193.

By Côté and Rowe JJ.

Applied: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **referred to:** *Andrews v. Canada (Indian and Northern Affairs)*, 2013 CHRT 21; *Matson v. Canada (Indian and Northern Affairs)*, 2013 CHRT 13; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Barreau du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2017 SCC 56, [2017] 2 S.C.R. 488; *Canada (Attorney General) v. Watkin*, 2008 FCA 170, 378 N.R. 268; *Canada (Attorney General) v. Johnstone*, 2014 FCA 110, [2015] 2 F.C.R. 595; *Canadian National Railway v. Seeley*, 2014 FCA 111, 458 N.R. 349; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; *New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 SCC 45, [2008] 2 S.C.R. 604; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513; *Canada Employment Insurance Commission v. M. W.*, 2014 SSTAD 371; *Garneau Community League v. Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374, 60 Alta. L.R. (6th) 1; *Druken v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, 1987 CanLII 99; *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24; *Gonzalez v. Canada (Employment and Immigration Commission)*,

c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles), [1993] 2 R.C.S. 756; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Beattie c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2014 TCDP 1; *Canada (Procureur général) c. Davis*, 2013 CF 40; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 445, [2013] 4 R.C.F. 545; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Descheneaux c. Canada (Procureur général)*, 2015 QCCS 3555; *McIvor c. Canada (Indian and Northern Affairs, Registrar)*, 2009 BCCA 153, 306 D.L.R. (4th) 193.

Citée par les juges Côté et Rowe

Arrêt appliqué : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêts mentionnés :** *Andrews c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2013 TCDP 21; *Matson c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2013 TCDP 13; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488; *Canada (Procureur général) c. Watkin*, 2008 CAF 170, 378 N.R. 268; *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, 2014 CAF 110, [2015] 2 R.C.F. 595; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Seeley*, 2014 CAF 111; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513; *Commission de l'assurance-emploi du Canada c. M. W.*, 2014 TSSDA 371; *Garneau Community League c. Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374, 60 Alta. L.R. (6th) 1; *Druken c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, 1987 CanLII 99; *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24; *Gonzalez*

[1997] 3 F.C. 646; *McAllister-Windsor v. Canada (Human Resources Development)*, 2001 CanLII 20691; *Public Service Alliance of Canada v. Canada Revenue Agency*, 2012 FCA 7, 428 N.R. 240; *Forward v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 CHRT 5; *Canada (Human Rights Commission) v. M.N.R.*, 2003 FC 1280, [2004] 1 F.C.R. 679; *Canada (Attorney General) v. McKenna*, [1999] 1 F.C. 401; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226.

By Brown J.

Referred to: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635; *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v. Canada*, 2018 FCA 58.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Indian Act, R.S.C. 1985, c. 32 (1st Supp.).
Act to amend the Indian Act (death rules), R.S.C. 1985, c. 43 (4th Supp.).
Act to amend the Indian Act in response to the Superior Court of Quebec decision in Descheneaux c. Canada (Procureur général), S.C. 2017, c. 25.
Act to encourage the gradual Civilization of the Indian Tribes in this Province, and to amend the Laws respecting Indians, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., c. 26, preamble.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.
Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, ss. 2, 4, 5, 5 to 14.1, 39, 40, 49, 50(2), 62(1), 67 [rep. 2008, c. 30, s. 1].
Constitution Act, 1867, s. 96.
Gender Equity in Indian Registration Act, S.C. 2010, c. 18.
Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 1.
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 6.

Authors Cited

Bastarache, Michel. *Dunsmuir 10 Years Later*, March 9, 2018 (online: <http://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/03/09/dunsmuir-10-years-later-hon-michel-bastarache-cc-qc/>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC31_1_eng.pdf).

c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration), [1997] 3 C.F. 646; *McAllister-Windsor c. Canada (Développement des ressources humaines)*, 2001 CanLII 20691; *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu)*, 2012 CAF 7; *Forward c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 TCDP 5; *Canada (Commission des droits de la personne) c. M.R.N.*, 2003 CF 1280, [2004] 1 R.C.F. 679; *Canada (Procureur général) c. McKenna*, [1999] 1 C.F. 401; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226.

Citée par le juge Brown

Arrêts mentionnés : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635; *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Canada*, 2018 CAF 58.

Lois et règlements cités

Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., c. 26, préambule.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.
Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, c. H.19, art. 1.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, c. H-6, art. 2, 4, 5, 5 à 14.1, 39, 40, 49, 50(2), 62(1), 67 [abr. 2008, c. 30, art. 1].
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.
Loi modifiant la Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, c. 32 (1^{er} suppl.).
Loi modifiant la Loi sur les Indiens pour donner suite à la décision de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire Descheneaux c. Canada (Procureur général), L.C. 2017, c. 25.
Loi modifiant la Loi sur les Indiens (règles relatives au décès), L.R.C. 1985, c. 43 (4^e suppl.).
Loi sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens, L.C. 2010, c. 18.
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, c. I-5, art. 6.

Doctrine et autres documents cités

Bastarache, Michel. *Dunsmuir 10 Years Later*, March 9, 2018 (en ligne : <http://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/03/09/dunsmuir-10-years-later-hon-michel-bastarache-cc-qc/>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC31_1_eng.pdf).

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 4, *Perspectives and Realities*. Ottawa, 1996.

Daly, Paul. *The hopeless search for “true” questions of jurisdiction*, August 15, 2013 (online: <http://www.administrativelawmatters.com/blog/2013/08/15/the-hopeless-search-for-true-questions-of-jurisdiction/>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC31_2_eng.pdf).

Mummé, Claire. “At the Crossroads in Discrimination Law: How the Human Rights Codes Overtook the *Charter* in Canadian Government Services Cases” (2012), 9 *J.L. & Equality* 103.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Pelletier, de Montigny and Gleason J.J.A.), 2016 FCA 200, [2017] 2 F.C.R. 211, 487 N.R. 137, [2016] 4 C.N.L.R. 1, 363 C.R.R. (2d) 130, 8 Admin. L.R. (6th) 1, 402 D.L.R. (4th) 160, [2016] F.C.J. No. 818 (QL), 2016 CarswellNat 3213 (WL Can.), affirming a decision of McVeigh J., 2015 FC 398, [2015] 3 C.N.L.R. 1, 7 Admin. L.R. (6th) 75, 477 F.T.R. 229, [2015] F.C.J. No. 400 (QL), 2015 CarswellNat 893 (WL Can.). Appeal dismissed.

Brian Smith and Fiona Keith, for the appellant.

Christine Mohr and Catherine A. Lawrence, for the respondent.

Amélie Pelletier-Desrosiers, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Stephen J. Moreau and Nadia Lambek, for the intervener Tania Zulkoskey.

Marie Chen and Niiti Simmonds, for the interveners the Income Security Advocacy Centre, the Sudbury Community Legal Clinic, the Chinese and Southeast Asian Legal Clinic, the Community Legal Assistance Society and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

Kumail Karimjee and Nabila F. Qureshi, for the intervener the Canadian Muslim Lawyers Association.

Kerri Joffe and Dianne Wintermute, for the intervener the Council of Canadians with Disabilities.

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 4, *Perspectives et réalités*, Ottawa, 1996.

Daly, Paul. *The hopeless search for « true » questions of jurisdiction*, August 15, 2013 (en ligne : <http://www.administrativelawmatters.com/blog/2013/08/15/the-hopeless-search-for-true-questions-of-jurisdiction/>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC31_2_eng.pdf).

Mummé, Claire. « At the Crossroads in Discrimination Law : How the Human Rights Codes Overtook the *Charter* in Canadian Government Services Cases » (2012), 9 *J.L. & Equality* 103.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Pelletier, de Montigny et Gleason), 2016 CAF 200, [2017] 2 R.C.F. 211, 487 N.R. 137, [2016] 4 C.N.L.R. 1, 363 C.R.R. (2d) 130, 8 Admin. L.R. (6th) 1, 402 D.L.R. (4th) 160, [2016] A.C.F. n° 818 (QL), 2016 CarswellNat 9942 (WL Can.), confirmant une décision de la juge McVeigh, 2015 CF 398, [2015] 3 C.N.L.R. 1, 7 Admin. L.R. (6th) 75, 477 F.T.R. 229, [2015] A.C.F. n° 400 (QL), 2015 CarswellNat 12313 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Brian Smith et Fiona Keith, pour l’appelante.

Christine Mohr et Catherine A. Lawrence, pour l’intimé.

Amélie Pelletier-Desrosiers, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

Stephen J. Moreau et Nadia Lambek, pour l’intervenante Tania Zulkoskey.

Marie Chen et Niiti Simmonds, pour les intervenants le Centre d’action pour la sécurité du revenu, la Clinique juridique communautaire de Sudbury, Chinese and Southeast Asian Legal Clinic, Community Legal Assistance Society et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

Kumail Karimjee et Nabila F. Qureshi, pour l’intervenante l’Association canadienne des avocats musulmans.

Kerri Joffe et Dianne Wintermute, pour l’intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences.

Mary Eberts, Kim Stanton and K. R. Virginia Lomax, for the interveners the Women’s Legal Education and Action Fund and the Native Women’s Association of Canada.

Stephen Aylward, for the intervener Amnesty International.

David P. Taylor and Anne Levesque, for the intervener the First Nations Child and Family Caring Society of Canada.

Jeremy E. Matson, on his own behalf.

Faisal Mirza and Tamara Thomas, for the intervener the African Canadian Legal Clinic.

Emily Hill and Emilie Lahaie, for the intervener the Aboriginal Legal Services.

Andrew Astritis, Andrew Raven and Morgan Rowe, for the intervener the Public Service Alliance of Canada.

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

GASCON J. —

I. Overview

[1] This appeal concerns several complaints under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6 (“CHRA”), that were dismissed by the Canadian Human Rights Tribunal (“Tribunal”) in two decisions. The complaints alleged that the legislative entitlements to registration under the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, were discriminatory practices prohibited by the CHRA. At issue before this Court is, first, whether deference is owed to a human rights tribunal interpreting its home statute and, second, whether the Tribunal’s decisions dismissing the complaints as direct attacks on legislation were reasonable.

Mary Eberts, Kim Stanton et K. R. Virginia Lomax, pour les intervenants le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes et l’Association des femmes autochtones du Canada.

Stephen Aylward, pour l’intervenante Amnistie internationale.

David P. Taylor et Anne Levesque, pour l’intervenante la Société de soutien à l’enfance et à la famille des Premières Nations du Canada.

Jeremy E. Matson, en personne.

Faisal Mirza et Tamara Thomas, pour l’intervenant le Bureau d’Aide Juridique Afro-Canadien.

Emily Hill et Emilie Lahaie, pour l’intervenant Aboriginal Legal Services.

Andrew Astritis, Andrew Raven et Morgan Rowe, pour l’intervenante l’Alliance de la fonction publique du Canada.

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

LE JUGE GASCON —

I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi concerne plusieurs plaintes fondées sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6 (« LCDP »), que le Tribunal canadien des droits de la personne (« Tribunal ») a rejetées dans deux décisions. D’après ces plaintes, les droits à l’inscription prévus dans la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, constitueraient des actes discriminatoires prohibés par la LCDP. En l’espèce, notre Cour est appelée à décider, premièrement, s’il convient de faire preuve de déférence à l’égard de l’interprétation de sa loi constitutive par un tribunal des droits de la personne et, deuxièmement, si les décisions par lesquelles le Tribunal a rejeté les plaintes en cause au motif qu’elles constituaient des attaques directes contre un texte de loi étaient raisonnables.

[2] All of the complaints arise from the lingering effects of “enfranchisement”, a discriminatory and damaging policy previously enshrined in the *Indian Act*. Enfranchisement stripped individuals of their *Indian Act* status and prevented their children from registering as status “Indians”. Parliament has put an end to enfranchisement and enacted remedial registration provisions. The complainants challenge the sufficiency of these remedial measures, claiming that they and their children continue to suffer discrimination as a legacy of enfranchisement.

[3] The complaints were heard by the Tribunal separately. In both decisions, the Tribunal determined that the complaints were a direct attack on the *Indian Act*. In order to establish a discriminatory practice to which the Tribunal could respond, the complainants needed to demonstrate that the legislative provisions fell within the statutory meaning of a service. After a thorough and thoughtful review of their enabling statute, the jurisprudence and policy considerations, the adjudicators in both decisions concluded that legislation was not a service under the *CHRA* and dismissed the complaints. On judicial review, both the Federal Court and the Federal Court of Appeal found that the Tribunal decisions were reasonable and should be upheld. I agree, and I would dismiss the appeal.

II. Background

A. *Indian Act Registration*

[4] Since its enactment in 1876, the *Indian Act* has governed the recognition of an individual’s status as an “Indian”. In its current form, the *Indian Act* creates a registration system under which individuals qualify for status on the basis of an exhaustive list of eligibility criteria. The *Indian Act*’s registration entitlements do not necessarily correspond to the customs of Indigenous communities for determining their own membership or reflect an individual’s Aboriginal identity or heritage. However, it is

[2] Toutes les plaintes découlent des effets que continue d’avoir l’« émancipation », une politique discriminatoire et préjudiciable autrefois consacrée dans la *Loi sur les Indiens*. L’émancipation retirait aux individus leur statut obtenu en vertu de la *Loi sur les Indiens* et empêchait leurs enfants d’être inscrits à titre d’« Indiens ». Le législateur a mis un terme à l’émancipation, et adopté des dispositions réparatrices en matière d’inscription. Les plaignants soutiennent que ces mesures réparatrices sont insuffisantes, parce qu’eux-mêmes et leurs enfants continuent de souffrir de discrimination en raison des séquelles laissées par l’émancipation.

[3] Le Tribunal a instruit les plaintes séparément. Dans les deux décisions, il a statué que les plaintes constituaient une attaque directe à la *Loi sur les Indiens*. Pour pouvoir établir l’existence d’actes discriminatoires susceptibles de justifier l’intervention du Tribunal, les plaignants devaient démontrer que les dispositions législatives en cause constituaient un service aux termes de la *LCDP*. Après une analyse fouillée et réfléchie de leur loi habilitante, de la jurisprudence et de diverses considérations de principe, les membres décideurs dans les deux décisions ont conclu que la loi n’était pas un service aux termes de la *LCDP* et ont rejeté les plaintes. Saisies de demandes de contrôle judiciaire, la Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale ont toutes deux conclu que les décisions rendues par le Tribunal étaient raisonnables et devaient être maintenues. Je suis du même avis; je rejetterais donc le pourvoi.

II. Contexte

A. *L’inscription sous le régime de la Loi sur les Indiens*

[4] Depuis son adoption, en 1876, la *Loi sur les Indiens* régit la reconnaissance du statut d’« Indien ». Dans sa version actuelle, cette loi établit un régime d’inscription prévoyant une liste exhaustive de critères d’admissibilité au statut d’« Indien ». Cependant, les conditions relatives au droit à l’inscription prévues dans la *Loi sur les Indiens* ne correspondent pas nécessairement aux coutumes propres à chaque communauté autochtone pour ce qui est de définir l’appartenance de ses membres. Elles ne cadrent

incontrovertible that status confers both tangible and intangible benefits.

[5] The complaints underlying this appeal are rooted in a history of deeply harmful and discriminatory aspects of the *Indian Act* that were largely removed in 1985 and 2011 reforms (*An Act to amend the Indian Act*, R.S.C. 1985, c. 32 (1st Supp.), *An Act to amend the Indian Act (death rules)*, R.S.C. 1985, c. 43 (4th Supp.), and *Gender Equity in Indian Registration Act*, S.C. 2010, c. 18). Prior to these reforms, individuals could be “enfranchised”, a euphemism for various legislative processes that would strip them of their *Indian Act* status. In one form of enfranchisement, the government incentivized individuals to renounce their status by offering such basic rights as citizenship, the right to vote, and the right to hold land in fee simple (*Canada (Attorney General) v. Larkman*, 2012 FCA 204, [2012] 4 C.N.L.R. 87, at para. 12). In another form, a status woman who married a non-status man would be involuntarily “enfranchised” along with any of her children (*Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 4, *Perspectives and Realities* (1996), at p. 25). This policy reflected a discriminatory view of women as subservient to their husbands and entrenched a system of patrilineal descent unfamiliar to many Indigenous communities (*Report*, at p. 25). Parliament’s stated intention for enfranchisement was to gradually reduce the number of status “Indians” (see, e.g., *An Act to encourage the gradual Civilization of the Indian Tribes in this Province, and to amend the Laws respecting Indians*, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., c. 26, preamble). At its root, enfranchisement was a discriminatory policy aimed at eradicating Aboriginal culture and assimilating Aboriginal peoples (*Larkman*, at para. 11).

pas non plus nécessairement avec l’identité ou le patrimoine autochtones. Reste que le statut procure indubitablement des avantages, aussi bien tangibles qu’intangibles.

[5] Les plaintes à l’origine du présent pourvoi prennent leur source dans un historique d’aspects profondément préjudiciables et discriminatoires de la *Loi sur les Indiens* que les réformes de 1985 et de 2011 ont en grande partie supprimés (*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. 32 (1^{er} suppl.), *Loi modifiant la Loi sur les Indiens (règles relatives au décès)*, L.R.C. 1985, c. 43 (4^e suppl.), et *Loi sur l’équité entre les sexes relativement à l’inscription au registre des Indiens*, L.C. 2010, c. 18). Avant ces réformes, des personnes ayant le statut d’« Indien » sous le régime de la *Loi sur les Indiens* pouvaient obtenir une « émancipation », euphémisme employé pour désigner divers processus législatifs par lesquels ce statut leur était retiré. Suivant l’une des formes d’émancipation, le gouvernement encourageait les individus à renoncer à leur statut, en leur octroyant en retour des droits fondamentaux, notamment la citoyenneté et le droit de vote, ainsi que le droit de détenir une terre en fief simple (*Canada (Procureur général) c. Larkman*, 2012 CAF 204, par. 12 (CanLII)). Sous une autre forme, une femme inscrite qui épousait un homme non inscrit devenait involontairement « émancipée », à l’instar de chacun de ses enfants (*Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 4, *Perspectives et réalités* (1996), p. 26-27). Cette politique, qui traduisait une conception discriminatoire des femmes comme étant subordonnées à leur mari, entérinait par ailleurs un système de descendance patrilineaire étranger à de nombreuses communautés autochtones (*Rapport*, p. 26-27). Selon l’intention déclarée du législateur, l’émancipation avait pour objectif de réduire progressivement le nombre d’« Indiens » inscrits (voir, p. ex., le préambule de l’*Acte pour encourager la Civilization graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., c. 26). À la base, l’émancipation était une politique discriminatoire qui visait l’éradication de la culture autochtone ainsi que l’assimilation des peuples autochtones (*Larkman*, par. 11).

[6] In 1985, Parliament enacted new legislation that eliminated enfranchisement as a practice and created registration provisions entitling those who had lost their status to register (*An Act to amend the Indian Act*). In 2011, further reforms granted registration eligibility to the children of women who had lost status for marrying a non-status man (*Gender Equity in Indian Registration Act*). During the course of these proceedings, new amendments to the *Indian Act* have come into force that may impact the Matson siblings' status eligibility (*An Act to amend the Indian Act in response to the Superior Court of Quebec decision in Descheneaux c. Canada (Procureur général)*, S.C. 2017, c. 25). The issue of mootness was not, however, fully argued by the parties and it is not necessary to consider it for the disposition of this appeal. I will therefore not comment further on the impact, if any, of the new entitlement provisions.

[7] Underlying all of the complaints are the *Indian Act's* rules for the transmission of status eligibility. Under the current *Indian Act*, individuals may qualify for one of two forms of status. Section 6(1) status is conferred on individuals who qualify under an exhaustive list of eligibility criteria. Section 6(2) status is conferred on individuals who are ineligible under s. 6(1) but who have a single parent entitled to s. 6(1) registration. The two forms of status differ mainly in the ability to transmit eligibility to one's children: a child who has only one parent with s. 6(1) status will be eligible for s. 6(2) status, while a child who has only one parent with s. 6(2) status will not be eligible for status.

[6] En 1985, le législateur a adopté un nouveau texte de loi qui éliminait la pratique de l'émancipation et qui créait de nouvelles dispositions en matière d'inscription, redonnant ainsi à ceux ayant perdu leur statut le droit de s'inscrire (*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*). Puis, en 2011, une autre réforme est venue accorder le droit à l'inscription aux enfants nés d'une mère ayant perdu son statut par suite d'un mariage avec un homme non inscrit (*Loi sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens*). Au cours de la présente instance, de nouvelles modifications à la *Loi sur les Indiens* qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur le droit des membres de la fratrie Matson au statut d'« Indien » sont entrées en vigueur (*Loi modifiant la Loi sur les Indiens pour donner suite à la décision de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire Descheneaux c. Canada (Procureur général)*, L.C. 2017, c. 25). Toutefois, la question du caractère théorique des plaintes des Matson n'a pas été pleinement débattue par les parties, et il n'est pas nécessaire de l'examiner afin de statuer sur le présent pourvoi. Je ne m'attarderai donc pas plus longuement sur les éventuels effets des nouvelles dispositions relatives au droit à l'inscription.

[7] Toutes les plaintes se fondent sur les règles de la *Loi sur les Indiens* applicables à la transmission du droit au statut d'« Indien ». Selon la version actuelle de cette loi, une personne peut être admissible à l'une ou l'autre de deux catégories de statut. Ainsi, les personnes qui satisfont aux critères exhaustifs d'admissibilité peuvent se voir conférer le statut visé au par. 6(1). Quant au statut prévu au par. 6(2), il peut être accordé aux personnes inadmissibles au statut visé au par. 6(1), mais dont un seul parent jouit d'un droit à l'inscription en vertu du par. 6(1). La différence entre les deux catégories de statut tient principalement à la capacité qu'aura la personne inscrite de transmettre à ses enfants le droit à l'inscription : l'enfant dont un seul parent a le statut au titre du par. 6(1) sera admissible au statut visé par le par. 6(2), alors qu'un enfant dont un seul parent a le statut au titre du par. 6(2) ne sera pas admissible au statut d'« Indien » inscrit.

B. *The Complaints in Matson v. Canada (Indian and Northern Affairs), 2013 CHRT 13*

[8] The complaints in *Matson* involve three siblings who allege that sex-based discrimination led to their ineligibility for s. 6(1) status, and their children's ineligibility for s. 6(2) status. Their grandmother lost her status under the *Indian Act* when she married a non-status man. Following the 1985 amendments, their grandmother was able to regain her status under s. 6(1)(c). The 2011 amendments then allowed their father to obtain status under s. 6(1)(c.1) and the siblings to obtain status under s. 6(2). Their children are, however, ineligible for status. If the siblings' status grandparent had been male, they would have been eligible for s. 6(1)(a) registration and their children would have been entitled to s. 6(2) registration.

C. *The Complaints in Andrews v. Canada (Indian and Northern Affairs), 2013 CHRT 21*

[9] The Andrews' complaints concern the impact of the enfranchisement provisions and the scope of subsequent remedial legislation. Mr. Andrews' father lost his status through an enfranchisement order. Consequently, his first wife and their daughter also lost their status. Mr. Andrews was born after the enfranchisement order was issued and his mother was a non-status woman unaffected by the order. Following the 1985 legislation, Mr. Andrews' father and his half-sister became eligible for s. 6(1)(d) status. However, as Mr. Andrews' mother was never eligible for status, Mr. Andrews is eligible only for s. 6(2) status and his daughter is ineligible for status. If Mr. Andrews had been born before the enfranchisement order, or if no order had been made, he would qualify for s. 6(1) status and his daughter would be eligible for s. 6(2) status. Mr. Andrews' complaints allege that this result constitutes prohibited discrimination on the grounds of race, national or ethnic origin and family status.

B. *Les plaintes dans Matson c. Canada (Affaires indiennes et du Nord), 2013 TCDP 13*

[8] Les plaintes dans l'affaire *Matson* concernent trois membres d'une fratrie qui allèguent qu'une discrimination fondée sur le sexe a entraîné leur inadmissibilité au statut visé au par. 6(1), de même que l'inadmissibilité de leurs enfants au statut visé au par. 6(2). Leur grand-mère a perdu son statut lorsqu'elle a épousé un homme non inscrit. Après l'entrée en vigueur des modifications législatives de 1985, elle a pu recouvrer son statut par application de l'al. 6(1)(c). Les modifications apportées en 2011 ont ensuite permis au père d'obtenir le statut visé à l'al. 6(1)(c.1); et les membres de la fratrie ont obtenu le statut visé au par. 6(2). En revanche, leurs enfants ne sont pas admissibles au statut. Si le grand-parent autochtone des membres de la fratrie avait été de sexe masculin, ces derniers auraient été admissibles à l'inscription au titre de l'al. 6(1)(a), et leurs enfants, à l'inscription au titre du par. 6(2).

C. *Les plaintes dans Andrews c. Canada (Affaires indiennes et du Nord), 2013 TCDP 21*

[9] Les plaintes des Andrews concernent les effets des dispositions relatives à l'émancipation, ainsi que la portée des dispositions réparatrices adoptées par la suite. Le père de M. Andrews a perdu son statut d'« Indien » à la suite d'une ordonnance d'émancipation. En conséquence, sa première épouse et leur fille ont également perdu leur statut. M. Andrews est né après que l'ordonnance d'émancipation ait été rendue, et sa mère, qui n'était pas inscrite, n'était pas touchée par l'ordonnance. À la suite de l'adoption des modifications législatives en 1985, le père et la demi-sœur de M. Andrews sont devenus admissibles au statut au titre de l'al. 6(1)(d). Cependant, puisque la mère de M. Andrews n'a jamais été admissible au statut, celui-ci est admissible uniquement au statut visé au par. 6(2) et sa fille n'est admissible à aucun statut. Or, si M. Andrews était né avant l'ordonnance d'émancipation, ou s'il n'y avait pas eu d'ordonnance, il serait admissible au statut visé au par. 6(1), et sa fille, au statut visé au par. 6(2). Dans ses plaintes, M. Andrews allègue que pareil résultat constitue de la discrimination illicite fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique et la situation de famille.

D. *Canadian Human Rights Act*

[10] Under the *CHRA*, individuals can file a complaint regarding an enumerated discriminatory practice, and anyone found to have engaged in such a practice may be made subject to an order by the Tribunal (*CHRA*, s. 4). The complaints allege that Indian and Northern Affairs Canada (“INAC”) engaged in a discriminatory practice in the provision of services contrary to s. 5 of the *CHRA* when it denied a form of registration that would permit the complainants to pass on entitlements to their children. Section 5 reads as follows:

5 It is a discriminatory practice in the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public

(a) to deny, or to deny access to, any such good, service, facility or accommodation to any individual, or

(b) to differentiate adversely in relation to any individual,

on a prohibited ground of discrimination.

III. Decisions Below

A. *Canadian Human Rights Tribunal Decisions*

(1) The *Matson* Decision

[11] In response to the request of the Canadian Human Rights Commission (“Commission”), the Tribunal launched an inquiry into the Matson siblings’ complaints pursuant to s. 49 of the *CHRA*. In its decision, the Tribunal addressed three issues: (1) whether the complaints involved a direct challenge to the *Indian Act*; (2) whether the Tribunal was bound by the Federal Court of Appeal’s decision in *Public Service Alliance of Canada v. Canada Revenue Agency*, 2012 FCA 7, 428 N.R. 240 (“*Murphy*”); and (3) whether the complaints, properly characterized, concerned a discriminatory practice.

D. *Loi canadienne sur les droits de la personne*

[10] Une personne peut, en vertu de la *LCDP*, déposer une plainte concernant l’un des actes discriminatoires énoncés dans cette loi, et quiconque est reconnu coupable d’un tel acte peut faire l’objet d’une ordonnance du Tribunal (art. 4 de la *LCDP*). Dans les plaintes en l’espèce, il est allégué qu’Affaires indiennes et du Nord Canada (« AINC ») a commis un acte discriminatoire dans le cadre de la prestation de services, en contravention de l’art. 5 de la *LCDP*, lorsqu’il a privé les plaignants d’une forme d’inscription qui leur aurait permis de transmettre à leurs enfants le droit au statut d’« Indien ». L’article 5 est ainsi libellé :

5 Constitue un acte discriminatoire, s’il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, pour le fournisseur de biens, de services, d’installations ou de moyens d’hébergement destinés au public :

a) d’en priver un individu;

b) de le défavoriser à l’occasion de leur fourniture.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Les décisions du Tribunal canadien des droits de la personne*

(1) La décision *Matson*

[11] En réponse à la demande de la Commission canadienne des droits de la personne (« Commission »), le Tribunal a instruit les plaintes de la famille Matson en vertu de l’art. 49 de la *LCDP*. Dans sa décision, il s’est penché sur trois questions : (1) Les plaintes constituaient-elles une contestation directe de la *Loi sur les Indiens*? (2) Le Tribunal était-il lié par la décision de la Cour d’appel fédérale dans *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu)*, 2012 CAF 7 (« *Murphy* »)? Et enfin, (3) les plaintes — correctement qualifiées — mettaient-elles en cause un acte discriminatoire?

[12] In the Tribunal decision, the adjudicator, Member Lustig, began the task of characterizing the complaints by referring, first, to the test for determining what constituted a service stated in *Canada (Attorney General) v. Watkin*, 2008 FCA 170, 378 N.R. 268, and, second, to the holding in *Murphy* that the *CHRA* did not permit complaints that directly targeted legislation. The adjudicator reviewed the Matson siblings' submissions and concluded that their complaints, in substance, challenged the eligibility criteria under s. 6 of the *Indian Act*. It was noted that INAC did not have any involvement in determining the eligibility criteria under s. 6 of the *Indian Act*, nor did it have any discretion in applying the criteria. While the act of processing applications and registering individuals could be characterized as a service customarily held out to the public, the underlying statutory entitlement to registration was not a service held out by INAC to the public. Rather, it was a benefit offered by an Act of Parliament.

[13] The adjudicator considered whether he was bound by the Federal Court of Appeal decision in *Murphy*, which held that the Tribunal was unable to consider direct challenges to legislation. In *Murphy*, the complainant had received a settlement payment for wage discrimination that had occurred over a number of years. Under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), the settlement was deemed to be employment income accrued in the year the payment was made. The Canada Revenue Agency did not apply the qualifying retroactive lump-sum payment analysis, which would have spread the income over previous tax years. This was because the compound interest on the notional tax the complainant would have owed outweighed the benefits of being taxed at a lower rate. The complainant challenged the assessment as a discriminatory practice under the *CHRA*. The Tribunal dismissed the complaint on the basis that it targeted the statutory provisions establishing the impugned assessment calculations (2010 CHRT 9, [2011] 1 C.T.C. 215). Writing for the Federal Court of Appeal, Noël J.A. (as he then was) upheld the Tribunal's decision. Despite applying a reasonableness standard, Noël J.A. endorsed

[12] Dans la décision du Tribunal, le membre décideur, M. Lustig, a entrepris de qualifier les plaintes en commençant par d'abord rappeler le critère à employer — énoncé dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Watkin*, 2008 CAF 170, 378 N.R. 268 — pour établir ce qui constitue un service. Il a ensuite rappelé la teneur de l'arrêt *Murphy*, selon lequel la *LCDP* ne permet pas l'instruction de plaintes visant directement des dispositions législatives. Le membre décideur a examiné les observations présentées par les membres de la fratrie Matson et conclu que leurs plaintes étaient essentiellement une contestation des critères relatifs au droit à l'inscription énoncés à l'art. 6 de la *Loi sur les Indiens*. Il a relevé qu'AINC n'a rien à voir avec la détermination de ces critères, et ne dispose pas non plus d'un pouvoir discrétionnaire quant à leur application. Bien que le fait de traiter les demandes de requérants et d'inscrire ceux-ci au registre puisse être qualifié de service habituellement fourni au public, le droit sous-jacent à l'inscription établi par voie législative n'est pas un service qu'AINC offre au public. Il s'agit plutôt d'un avantage conféré par une loi fédérale.

[13] Le membre décideur s'est demandé s'il était tenu de suivre l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Murphy*, où il a été conclu que le Tribunal n'est pas compétent pour examiner les contestations directes visant un texte législatif. Dans *Murphy*, la plaignante avait reçu une somme en règlement d'une plainte pour une pratique salariale discriminatoire subie pendant plusieurs années. Cette somme était considérée, au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), comme un revenu d'emploi gagné au cours de l'année où le paiement avait été fait. L'Agence du revenu du Canada n'avait pas appliqué le mécanisme des paiements forfaitaires rétroactifs admissibles, qui aurait eu pour effet de répartir ces revenus sur les années d'imposition antérieures, car les intérêts composés sur l'impôt théorique que la plaignante aurait dû payer dépassaient les avantages liés au fait que les impôts étaient calculés selon un taux inférieur. Celle-ci a contesté la validité de cette cotisation, en alléguant qu'il s'agissait d'un acte discriminatoire au sens de la *LCDP*. Le Tribunal a rejeté sa plainte, au motif qu'elle visait les dispositions de la loi prescrivant les calculs à effectuer dans le cadre de la cotisation

as “correct” the view that the *CHRA* did not permit direct challenges to legislation (para. 6). He distinguished the prior Federal Court of Appeal decision in *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24, which had endorsed a direct attack on legislation, on the basis that the Attorney General in that case had conceded that s. 5 of the *CHRA* applied to the impugned provisions of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48 (*Murphy*, at para. 7).

[14] The adjudicator rejected arguments that *Murphy* was superseded by binding authority from this Court in *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150, *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114 (“*Action Travail des Femmes*”), *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789 (“*Larocque*”), and *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513. After careful consideration of this authority, the adjudicator concluded that, while this Court had recognized the primacy of human rights legislation and the power of human rights tribunals to render conflicting legislation inoperative, none of these decisions stood for the premise that an order could be issued without first impugning a discriminatory practice.

[15] The adjudicator also considered whether there was conflicting Federal Court jurisprudence or analogous provincial human rights jurisprudence that

en cause (2010 TCDP 9). S’exprimant au nom de la Cour d’appel fédérale, le juge Noël (maintenant juge en chef), a confirmé la décision du Tribunal. Bien qu’ayant appliqué la norme de contrôle de la décision raisonnable, le juge Noël a jugé « correcte » l’opinion suivant laquelle la *LCDP* ne permet pas l’instruction de plaintes qui constituent une attaque directe contre la loi (par. 6 (CanLII)). Il a conclu à l’inapplicabilité de l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24, où la Cour d’appel fédérale avait approuvé une attaque directe contre un texte législatif, puisque, dans cette affaire, le procureur général avait concédé que l’art. 5 de la *LCDP* s’appliquait aux dispositions contestées de la *Loi de 1971 sur l’assurance chômage*, S.C. 1970-71-72, c. 48 (*Murphy*, par. 7).

[14] Le membre décideur a rejeté les arguments selon lesquels l’arrêt *Murphy* avait été supplanté par des décisions de notre Cour ayant force de précédent, soit les arrêts *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114 (« *Action Travail des Femmes* »), *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789 (« *Larocque* »), et *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513. Après avoir soigneusement analysé cette jurisprudence, le membre décideur a conclu que, bien que notre Cour ait effectivement reconnu la primauté de la législation en matière de droits de la personne et le pouvoir des tribunaux des droits de la personne de déclarer inopérant un texte de loi incompatible avec cette législation, aucun des arrêts invoqués n’étayait l’argument voulant qu’une ordonnance en ce sens puisse être rendue sans qu’il n’y ait, au préalable, mise en cause d’un acte discriminatoire.

[15] Le membre décideur s’est également demandé s’il existait des décisions de la Cour fédérale ou une jurisprudence provinciale analogue en matière de

supported the proposition that the Tribunal could consider direct challenges to legislation, and he came to the same result. He recognized that in some circumstances a human rights complaint could challenge the conduct of an administrator carrying out mandatory aspects of a statutory provision, but he held that the complaint still needed to identify a discriminatory practice that engaged the Tribunal's remedial authority.

[16] The adjudicator rejected arguments that ss. 2, 49(5) and 62(1) of the *CHRA* supported an expansive interpretation of the term "services" to encompass legislative provisions. Instead, in keeping with the jurisprudence, these provisions pointed to the Tribunal's remedial power to render conflicting legislation inoperative, but they did not indicate that legislation itself constituted a service under the *CHRA*. He similarly rejected the argument that s. 67 of the *CHRA* had been enacted primarily to shield the *Indian Act* registration provisions, and he held that s. 67 had the broader purpose of insulating actions and decisions made pursuant to the *Indian Act*.

[17] The adjudicator thus concluded that, absent a discriminatory practice enumerated under the *CHRA*, the complainants could not challenge the provisions of the *Indian Act*. The adjudicator stated that an application under s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* would be more appropriate, citing *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, in support of the position that the *Charter* framework was a better analytical fit for challenges to legislation than the *bona fide* justification analysis under the *CHRA*. He then dismissed the complaints.

droits de la personne qui seraient contraires à cette conclusion, et qui appuieraient la thèse selon laquelle le Tribunal peut connaître d'une plainte contestant directement un texte de loi, et il est parvenu à la même conclusion. Il a admis que, dans certaines circonstances, une plainte relative aux droits de la personne peut contester les agissements d'un décideur administratif qui met à exécution les aspects obligatoires d'une disposition législative, mais il a conclu que le plaignant doit tout de même faire état d'un acte discriminatoire qui entraîne l'exercice du pouvoir de réparation du Tribunal.

[16] Le membre décideur a ensuite rejeté les arguments selon lesquels l'art. 2 et les par. 49(5) et 62(1) de la *LCDP* appuient une interprétation élargie du terme « services » qui engloberait les dispositions législatives. Il a ajouté que, au contraire, conformément à la jurisprudence, ces dispositions mettent en évidence le pouvoir du Tribunal de rendre inopérantes des lois incompatibles à titre de réparation, mais n'indiquent pas que la loi elle-même constitue un service au sens de la *LCDP*. De même, le membre décideur a rejeté l'argument selon lequel l'art. 67 de la *LCDP* a été adopté principalement dans le but de mettre à l'abri les dispositions de la *Loi sur les Indiens* en matière d'inscription; il a déclaré que l'ancien art. 67 poursuivait l'objectif plus large de soustraire les mesures et les décisions prises sous le régime de la *Loi sur les Indiens* à l'application de la *LCDP*.

[17] Le membre décideur est donc parvenu à la conclusion que, faute d'un acte discriminatoire visé par la *LCDP*, les plaignants ne peuvent contester les dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Il a ajouté qu'une demande fondée sur l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* est davantage indiquée. Il a cité *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, à l'appui de sa conclusion selon laquelle le cadre d'analyse fondé sur la *Charte* représente un moyen plus adéquat pour la contestation d'un texte de loi qu'une analyse consistant à démontrer l'existence d'un motif justifiable aux termes de la *LCDP*. Le membre décideur a donc rejeté les plaintes.

(2) The Andrews Decision

[18] The Tribunal also commenced an inquiry into the Andrews' complaints at the request of the Commission. The adjudicator, Member Marchildon, started her analysis from the proposition that the historical enfranchisement provisions were contrary to human rights values. However, the adjudicator then identified the determinative issues in *Andrews* as being whether the complaints involved the discriminatory provision of services and, if not, whether the *CHRA* allowed for complaints that were solely a challenge to legislation.

[19] As in *Matson*, the adjudicator considered the jurisprudence on what constituted a service along with the complainant's submissions and concluded that she was faced with a direct attack on s. 6 of the *Indian Act*. The adjudicator recognized that, while status registration may be a service, the underlying entitlement provisions were the product of Parliament's *sui generis* legislative power, which could not be construed as a service under s. 5 of the *CHRA*. The adjudicator adopted the *Matson* finding that *Murphy* had not been superseded by decisions of this Court and rejected the submission that other authority submitted to her by the Commission amounted to a conflicting line of authority. She further stated that the justification framework set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, was the more appropriate approach for determining whether rules of general application should be upheld.

B. *Federal Court (2015 FC 398, 477 F.T.R. 229)*

[20] The Federal Court dismissed the Commission's application for judicial review of the *Matson* and *Andrews* decisions.

[21] McVeigh J. held that the Tribunal had reasonably relied on *Murphy* to exclude legislation

(2) La décision Andrews

[18] À la demande de la Commission, le Tribunal a aussi procédé à l'instruction des plaintes de la famille Andrews. Comme point de départ de son analyse, le membre décideur, M^{me} Marchildon, a examiné la thèse suivant laquelle les dispositions relatives à l'émancipation sont contraires aux valeurs des droits de la personne. Néanmoins, elle a ensuite précisé que, dans le cadre de cette affaire, les questions déterminantes étaient celles de savoir si les plaintes portaient sur une prestation de services à caractère discriminatoire, et, dans la négative, si la *LCDP* permettait l'instruction de plaintes qui constituent uniquement une contestation de la loi.

[19] Comme dans la décision *Matson*, le membre décideur a étudié la jurisprudence sur ce qui constitue un service, en la mettant en parallèle avec les observations du plaignant. Elle en a conclu qu'elle était en présence d'une contestation directe de l'art. 6 de la *Loi sur les Indiens*. Elle a reconnu que même si l'inscription à titre d'« Indien » peut constituer un service, les dispositions prévoyant le droit à l'inscription qui sous-tendent ce service découlent de l'exercice du pouvoir législatif *sui generis* du Parlement, qui ne peut être considéré comme un service aux termes de l'art. 5 de la *LCDP*. Le membre décideur a fait sienne la conclusion tirée dans la décision *Matson*, selon laquelle l'arrêt *Murphy* n'a pas été supplanté par les arrêts de notre Cour. Elle a ensuite rejeté la prétention voulant que les autres décisions soumises à son examen par la Commission constituent un courant jurisprudentiel contradictoire. Elle a en outre déclaré que le cadre de justification établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, est la méthode la plus appropriée pour décider s'il y a lieu de confirmer la validité de règles d'application générale.

B. *La Cour fédérale (2015 CF 398)*

[20] La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par la Commission à l'encontre des décisions *Matson* et *Andrews*.

[21] La juge McVeigh a statué que le Tribunal s'était raisonnablement fondé sur l'arrêt *Murphy* pour

from the definition of a service. She rejected the Commission's argument that *Murphy* was not binding and had been wrongly decided. The Tribunal was, in her view, obliged to follow the vertical convention of precedent. Regardless, she did not view *Murphy* as wrongly decided and thus there was no reason for the Tribunal to depart from it. Further, McVeigh J. found that the Tribunal had reasonably concluded that, while it had the power to render conflicting legislation inoperable, it did not have the power to grant a remedy unless a discriminatory practice was established under the *CHRA*. Lastly, after reviewing the legislative history behind s. 67 of the *CHRA*, McVeigh J. concluded that the Tribunal had reasonably held that this was insufficient to ground an expansive interpretation of the registration provisions as constituting a service.

C. *Federal Court of Appeal (2016 FCA 200, [2017] 2 F.C.R. 211)*

[22] A unanimous Federal Court of Appeal dismissed the Commission's appeal from the Federal Court's decision.

[23] Writing for the Federal Court of Appeal, Gleason J.A. first considered the application of the standard of review to human rights tribunal decisions following *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. She held that the reasonableness standard presumptively applied to a tribunal's interpretation of its home statute except where a recognized exception applied or where certain contextual factors indicated that correctness should apply.

[24] While recognizing that the correctness standard had on occasion been applied to the review of human rights tribunal decisions, Gleason J.A. found that the applicable standard of review could be determined by applying general principles of administrative law. The interpretation of human rights legislation did not rise to the standard of a

exclure les textes de loi du sens du terme service. Elle a rejeté l'argument avancé par la Commission selon lequel l'arrêt *Murphy* n'a pas valeur de précédent et est erroné. À son avis, le Tribunal était tenu de suivre la convention verticale du précédent. Quoi qu'il en soit, elle ne jugeait pas l'arrêt *Murphy* erroné, de sorte qu'il n'y avait pas lieu pour le Tribunal de s'en écarter. Qui plus est, la juge McVeigh a estimé que le Tribunal avait raisonnablement conclu qu'en dépit du fait qu'il pouvait déclarer un texte de loi inopérant, il n'avait pas le pouvoir d'accorder une réparation à moins que l'existence d'un acte discriminatoire, au sens de la *LCDP*, n'ait été établie. En définitive, après avoir passé en revue l'historique législatif de l'art. 67 de la *LCDP*, la juge McVeigh a conclu que le Tribunal avait raisonnablement jugé que la preuve soumise à cet égard n'était pas suffisante pour justifier l'interprétation large des dispositions sur l'inscription, selon laquelle cette dernière serait considérée comme un service.

C. *La Cour d'appel fédérale (2016 CAF 200, [2017] 2 R.C.F. 211)*

[22] Dans un arrêt unanime, la Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel interjeté par la Commission à l'encontre de la décision de la Cour fédérale.

[23] S'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale, la juge Gleason a d'abord examiné l'application de la norme de contrôle aux décisions des tribunaux des droits de la personne à la suite de l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. Elle a déclaré que la norme de la décision raisonnable doit, en principe, être appliquée aux décisions des tribunaux administratifs interprétant leur loi constitutive, sauf dans les cas où une exception reconnue s'applique, ou lorsque des facteurs contextuels donnent à penser qu'il convient d'appliquer la norme de la décision correcte.

[24] Tout en reconnaissant que des décisions des tribunaux spécialisés en matière de droits de la personne ont parfois été examinées selon la norme de la décision correcte, la juge Gleason a estimé que l'on peut déterminer la norme de contrôle applicable en ayant recours aux principes généraux du droit administratif. L'interprétation de la législation sur

constitutional question warranting correctness review. While the questions determined by human rights tribunals could be of such broad import as to be of central importance to the legal system as a whole, they generally did not fall outside the Tribunal's expertise. Gleason J.A. considered the possibility that the correctness standard could be applied where other tribunals had jurisdiction to interpret the same provisions of the *CHRA*, but no such overlap existed in the present case. Therefore, the reasonableness standard applied to the Tribunal's interpretation of s. 5, as well as its interpretation of the facts of the *Matson* and *Andrews* decisions.

[25] Gleason J.A. went on to find that the results reached by the Tribunal, and the reasons given, were reasonable. She accepted the Tribunal's characterization of the complaints as challenges to the act of legislating, agreed that legislatures do not provide "services" when passing laws, and confirmed that the principle of the primacy of human rights law applied only where conflicts between the *CHRA* and other legislation arose in cases addressing a discriminatory practice. Gleason J.A. also held that the Tribunal's inability to grant an effective remedy supported the conclusion that s. 5 was not engaged. She considered the Tribunal's approach to have an unassailable policy rationale, finding that there was no reason why the Tribunal should be an alternate forum for adjudicating issues regarding the alleged discriminatory nature of legislation when a *Charter* application was a more appropriate vehicle. Finally, on the issue of access to justice, Gleason J.A. disagreed with the Commission's view that the Tribunal was a more accessible forum than the courts.

les droits de la personne ne soulève pas de question constitutionnelle justifiant un contrôle selon la norme de la décision correcte. Bien que les questions tranchées par les tribunaux des droits de la personne puissent avoir une portée générale telle qu'elles revêtent une importance capitale pour l'ensemble du système juridique, elles n'échappent généralement pas aux domaines d'expertise du Tribunal. La juge Gleason a examiné la possibilité que la norme de la décision correcte s'applique lorsque d'autres tribunaux ont compétence pour interpréter les mêmes dispositions de la *LCDP*; cependant, il n'y avait aucun chevauchement de cet ordre en l'espèce. Par conséquent, selon la juge Gleason, c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique à l'interprétation de l'art. 5 par le Tribunal, de même qu'à son interprétation des faits dans les décisions *Matson* et *Andrews*.

[25] La juge Gleason a poursuivi en statuant que les conclusions tirées par le Tribunal, ainsi que les motifs à l'appui de celles-ci, étaient raisonnables. Elle a retenu la qualification des plaintes faite par le Tribunal, à savoir qu'il s'agit d'attaques directes contre l'acte de légiférer, pour ensuite reconnaître que les législatures ne fournissent pas des « services » lorsqu'elles adoptent des mesures législatives. Ensuite, elle a confirmé que le principe de la primauté des lois sur les droits de la personne s'applique uniquement en cas de conflit entre la *LCDP* et un autre texte de loi dans le cadre d'affaires portant sur un acte discriminatoire. La juge Gleason a en outre estimé que l'incapacité du Tribunal d'accorder une réparation efficace appuie la conclusion selon laquelle l'art. 5 n'entre pas en jeu. Elle a déclaré que, à son avis, l'approche retenue par le Tribunal repose sur des considérations de politique inattaquables, pour ensuite juger que rien ne justifie que le Tribunal fasse office de tribunal subsidiaire habilité à statuer sur des allégations concernant la nature discriminatoire d'une loi, alors qu'une demande fondée sur la *Charte* est un mécanisme qui convient davantage à cette fin. Enfin, en ce qui a trait à la question de l'accès à la justice, la juge Gleason s'est dite en désaccord avec la prétention de la Commission voulant que le Tribunal soit plus accessible que les cours de justice.

[26] For all of the foregoing reasons, Gleason J.A. concluded that there was no basis upon which to declare that *Murphy* was no longer good law or that the Tribunal's decisions were otherwise unreasonable.

IV. Analysis

A. *Applicable Standard of Review*

[27] This Court has for years attempted to simplify the standard of review analysis in order to “get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive merits of their case” (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 36, citing *Dunsmuir*, at para. 145, per Binnie J.). To this end, there is a well-established presumption that, where an administrative body interprets its home statute, the reasonableness standard applies (*Dunsmuir*, at para. 54; *Alberta Teachers*, at para. 39; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770, at para. 15; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293, at para. 22; *Quebec (Attorney General) v. Guérin*, 2017 SCC 42, [2017] 2 S.C.R. 3, at paras. 33-34; *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6, at para. 8).

[28] The presumption may be rebutted and the correctness standard applied where one of the following categories can be established: (1) issues relating to the constitutional division of powers; (2) true questions of *vires*; (3) issues of competing jurisdiction between tribunals; and (4) questions that are of central importance to the legal system *and* outside the expertise of the decision maker (*Capilano*, at para. 24; *Dunsmuir*, at paras. 58-61). Exceptionally, the presumption may also be rebutted where a contextual inquiry shows a clear legislative intent that the correctness standard be applied (*Capilano*, at para. 34; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 46; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at paras. 35-36 and 38-39; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at

[26] Pour l’ensemble de ces motifs, la juge Gleason a conclu que rien ne permettait d’affirmer que l’arrêt *Murphy* n’était plus valable, ou que les décisions du Tribunal étaient par ailleurs déraisonnables.

IV. Analyse

A. *La norme de contrôle applicable*

[27] Depuis plusieurs années, notre Cour tente de simplifier l’analyse relative à la norme de contrôle applicable, afin de « faire en sorte que les parties cessent de débattre des critères applicables et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond » (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 36, citant *Dunsmuir*, par. 145, le juge Binnie). Dans cette optique, il existe une présomption bien établie selon laquelle la décision d’un tribunal administratif qui interprète sa loi constitutive est assujettie à la norme de la décision raisonnable (*Dunsmuir*, par. 54; *Alberta Teachers*, par. 39; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770, par. 15; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, par. 22; *Québec (Procureure générale) c. Guérin*, 2017 CSC 42, [2017] 2 R.C.S. 3, par. 33-34; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6, par. 8).

[28] Cette présomption peut être réfutée, et la norme de la décision correcte appliquée, lorsqu’il est possible d’établir que les questions en jeu relèvent des catégories suivantes : (1) les questions touchant au partage constitutionnel des compétences; (2) les questions touchant véritablement à la compétence; (3) les questions touchant la compétence concurrente entre tribunaux administratifs; et (4) les questions d’importance capitale pour le système juridique *et* qui échappent au domaine d’expertise du décideur (*Capilano*, par. 24; *Dunsmuir*, par. 58-61). À titre exceptionnel, la présomption peut également être réfutée lorsqu’une analyse contextuelle révèle que le législateur avait clairement l’intention que la norme de la décision correcte s’applique (*Capilano*, par. 34; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 46; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*,

para. 22; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at para. 15).

[29] In applying the standard of review analysis, there is no principled difference between a human rights tribunal and any other decision maker interpreting its home statute (*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (“*Mowat*”), at paras. 22-24; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at paras. 167-168; *Saguenay*, at para. 50; *Stewart v. Elk Valley Coal Corp.*, 2017 SCC 30, [2017] 1 S.C.R. 591, at para. 22). Human rights tribunals are equally entitled to deference where they apply their home statute.

[30] In both of its decisions, the Tribunal was called upon to characterize the complaints before it and ascertain whether a discriminatory practice had been made out under the *CHRA*. This falls squarely within the presumption of deference. Still, the Commission has submitted that the presumption can be rebutted on the basis that the Tribunal’s decisions raise a question of central importance outside its expertise or on the basis that a contextual analysis shows deference is unwarranted. While not urged by the Commission, continued uncertainty as to the applicability of the category of true questions of *vires* necessitates also addressing it briefly.

(1) True Questions of Jurisdiction

[31] True questions of *vires* have been described as a narrow and exceptional category of correctness review (*Alberta Teachers*, at para. 39), confined to instances where the decision maker must determine whether it has the authority to enter into the inquiry

2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, par. 35-36 et 38-39; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 22; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 15).

[29] Lors de l’analyse relative à la norme de contrôle applicable, il n’existe aucune distinction de principe entre un tribunal des droits de la personne interprétant sa loi constitutive et tout autre décideur interprétant la sienne (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (« *Mowat* »), par. 22-24; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 167-168; *Saguenay*, par. 50; *Stewart c. Elk Valley Coal Corp.*, 2017 CSC 30, [2017] 1 R.C.S. 591, par. 22). Les tribunaux des droits de la personne ont également droit à la déférence lorsqu’ils appliquent leur loi constitutive.

[30] Dans ses deux décisions, le Tribunal a été appelé à qualifier les plaintes dont il était saisi et à vérifier si l’existence d’un acte discriminatoire au sens de la *LCDP* avait été établie. Cette démarche est clairement visée par la présomption de déférence. La Commission a néanmoins fait valoir que la présomption pouvait être réfutée, pour le motif que les deux décisions du Tribunal soulèvent une question d’une importance capitale qui échappe à l’expertise de celui-ci, ou pour le motif qu’il ressort d’une analyse contextuelle qu’aucune déférence n’est de mise à son endroit. Bien que la Commission n’ait pas plaidé en ce sens, l’incertitude qui persiste au sujet de l’applicabilité de la catégorie des questions touchant véritablement la compétence fait en sorte qu’il est aussi nécessaire de l’examiner brièvement.

(1) Les questions touchant véritablement à la compétence

[31] Les questions touchant véritablement à la compétence ont été décrites comme une catégorie exceptionnelle et étroite de questions appelant une révision selon la norme de la décision correcte (*Alberta Teachers*, par. 39). Elles se limitent aux situations

before it (*Dunsmuir*, at para. 59; *Guérin*, at para. 32). In this sense, “true” questions of jurisdiction involve a far narrower meaning of “jurisdiction” than the one ordinarily employed. This narrow sense of jurisdiction was emphasized by Dickson J. (as he then was) in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 (“*CUPE*”), where he warned that courts “should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so” (p. 233). This Court reaffirmed the narrow approach to jurisdiction in *Dunsmuir* when it explicitly rejected a return to the jurisdiction/preliminary question doctrine that had “plagued the jurisprudence” (para. 59; see also *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364, at para. 34). A departure from this constrained understanding of jurisdiction would only risk resurrecting long-buried debates.

[32] Neither the Commission nor any lower court has suggested that this case involves the enigmatic category of true questions of *vires*. But the issue on appeal has, at times, been characterized by the parties and the courts below as being whether the Tribunal has the “jurisdiction” to consider direct attacks to legislation or whether the courts are the better forum to ascertain the validity of legislation. However, distilled to its essentials, the question before the Tribunal was whether legislative entitlements under the *Indian Act* fell within the definition of a service under the *CHRA*. As such, the Tribunal was determining whether the complaints concerned a discriminatory practice as defined by the *CHRA*.

[33] There is no question that the Tribunal had the authority to hear a complaint about a discriminatory practice. To that end, the question of what falls within

où le décideur est appelé à déterminer s’il a la faculté de connaître de la question (*Dunsmuir*, par. 59; *Guérin*, par. 32). En ce sens, les « véritables » questions de compétence renvoient à une signification bien plus restreinte de la « compétence » que celle habituellement donnée à ce mot. Ce sens étroit du terme compétence a été souligné par le juge Dickson (plus tard juge en chef) dans l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 (« *SCFP* »), lorsqu’il a formulé la mise en garde selon laquelle les tribunaux « devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l’assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu’il existe un doute à cet égard » (p. 233). Dans l’arrêt *Dunsmuir*, la Cour a confirmé l’approche étroite à adopter sur ce plan lorsqu’elle a expressément rejeté l’idée de revenir à la théorie de la compétence ou de la condition préalable qui a longtemps « pesé sur la jurisprudence » (par. 59; voir également *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364, par. 34). Si l’on s’éloigne de cette conception étroite de la compétence, on ne fait donc que courir le risque de ressusciter des débats clos depuis longtemps.

[32] Ni la Commission ni les tribunaux d’instances inférieures n’ont laissé entendre que l’espèce mettait en jeu l’énigmatique catégorie des questions touchant véritablement à la compétence. Toutefois, à l’instar des parties, ils ont parfois décrit la question faisant l’objet du présent pourvoi comme étant celle de savoir si le Tribunal a « compétence » pour instruire des contestations directes d’un texte de loi, ou si les cours de justice sont les juridictions les plus à même de statuer sur la validité d’une loi. Quoiqu’il en soit, ramenée à l’essentiel, la question dont était saisi le Tribunal était celle de savoir si les droits à l’inscription prévus dans la *Loi sur les Indiens* constituent un service aux termes de la *LCDP*. C’est dans ce contexte que le Tribunal a cherché à établir si les plaintes en question visaient un acte discriminatoire au sens de la *LCDP*.

[33] Il ne fait aucun doute que le Tribunal avait le pouvoir d’instruire une plainte portant sur un acte discriminatoire. À cet égard, la question de savoir

the meaning of “services” is no more exceptional than those found in other cases where a majority of this Court has repeatedly declined to recognize a true question of jurisdiction (*Guérin*, at paras. 33-36; *Capilano*, at para. 26; *Alberta Teachers*, at para. 33; *CUPE*, at pp. 233-34; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615, at para. 39; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, at para. 35; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 36; *Mowat*, at paras. 24-25). To find that the Tribunal was faced with a true question of *vires* would only risk disinterring the jurisdiction/preliminary question doctrine that was clearly put to rest in *Dunsmuir*. Plainly, the definition of a service under the *CHRA* is not a true question of *vires*.

[34] That being said, the persistent uncertainty over this category’s scope requires further comments. Since its inclusion as a category of correctness review in *Dunsmuir*, the concept of true questions of *vires* has been as elusive as it has been controversial. In *Alberta Teachers*, a majority of this Court considered eliminating *vires* review, remarking that it served little purpose but “has caused confusion to counsel and judges alike” (para. 38; see also paras. 34-42). The majority stressed that it was “unable to provide a definition of . . . a true question of jurisdiction” (para. 42).

[35] I pause here to note that it is indeed a challenge to identify a true question of jurisdiction in a coherent manner without returning to the jurisdiction/preliminary question doctrine that this Court clearly rejected in both *CUPE* (p. 233) and *Dunsmuir* (para. 35). In the view of some, most questions that might be identified as “jurisdictional” involve nothing more than an interpretation of a decision maker’s home statute or a closely related statute (P. Daly, *The hopeless search for “true” questions of*

ce qu’inclut le terme « services » n’a rien de plus exceptionnel que les questions qui se posaient dans le cadre d’autres affaires où notre Cour, à la majorité, a maintes fois refusé de voir une question touchant véritablement à la compétence (*Guérin*, par. 33-36; *Capilano*, par. 26; *Alberta Teachers*, par. 33; *SCFP*, p. 233-234; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615, par. 39; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, par. 35; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 36; *Mowat*, par. 24-25). Conclure que le Tribunal devait trancher une question touchant véritablement à la compétence risquerait uniquement de tirer de l’oubli la théorie de la compétence ou de la condition préalable qui a clairement été mise au rancart dans *Dunsmuir*. En clair, définir ce qui constitue un service aux termes de la *LCDP* n’est pas une question touchant véritablement à la compétence.

[34] Cela dit, l’incertitude persistante quant à la portée de cette catégorie appelle des remarques supplémentaires. Depuis son inclusion, dans l’arrêt *Dunsmuir*, au sein des catégories de questions appelant la norme de la décision correcte, la notion de question touchant véritablement à la compétence s’est révélée aussi insaisissable que controversée. Dans l’arrêt *Alberta Teachers*, les juges majoritaires de la Cour ont envisagé d’éliminer la notion de compétence véritable dans le contexte de l’analyse relative à la norme de contrôle applicable, en faisant remarquer qu’elle est peu utile et qu’elle « sème la confusion tant chez les juges que chez les avocats » (par. 38; voir également les par. 34-42). Les juges majoritaires ont souligné qu’ils ne pouvaient « offrir de définition quant à [. . .] une question touchant véritablement à la compétence » (par. 42).

[35] J’ouvre ici une parenthèse pour souligner qu’il est en effet difficile d’établir de façon cohérente l’existence d’une pareille question sans pour autant revenir à la théorie de la compétence ou de la condition préalable que la Cour a clairement écartée dans les arrêts *SCFP* (p. 233) et *Dunsmuir* (par. 35). D’aucuns sont d’avis que la plupart des questions pouvant être qualifiées de [TRADUCTION] « questions de compétence » consistent simplement en l’interprétation, par un décideur, de sa loi constitutive ou

jurisdiction (August 15, 2013) (online)). In *McLean*, Moldaver J. observed that the U.S. Supreme Court has rejected the distinction between jurisdictional and non-jurisdictional interpretations of a home statute as a “mirage” (fn. 3, citing *City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission*, 133 S. Ct. 1863 (2013), at p. 1868).

[36] Nonetheless, in *Alberta Teachers*, the majority stayed its hand and instead emphasized that, if they exist, “[t]rue questions of jurisdiction are narrow and will be exceptional” (para. 39). It was left to future litigants to overcome the heavy burden of establishing that they have indeed discovered a true question of *vires* (para. 42). Yet, to date, no litigant has met this challenge before us.

[37] Since *Alberta Teachers*, the search for true questions of *vires* has, in fact, been fruitless. When the existence of such a question has been argued by litigants, this Court has reasserted the narrow and exceptional nature of this category (*Guérin*, at para. 32; *Capilano*, at para. 26; *SODRAC*, at para. 39; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 SCC 45, [2015] 3 S.C.R. 219, at para. 27; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135, at para. 61). In 2013, an academic commentator characterized the search for a true question of jurisdiction as “hopeless”, noting that this Court had yet to identify one five years after *Dunsmuir* (Daly). It is now 10 years from *Dunsmuir* and the search remains just as hopeless. In applying *Dunsmuir*, this Court has been unable to identify a single instance where this category was found to be applicable.

[38] No more would need to be said on this matter if true questions of *vires* had simply faded into obscurity. However, that has not happened. The difficulty with true questions of *vires* is that jurisdiction is

d’une loi qui y est étroitement liée (P. Daly, *The hopeless search for « true » questions of jurisdiction* (15 août 2013) (en ligne)). Dans *McLean*, le juge Moldaver a noté que la Cour suprême des États-Unis a rejeté la distinction entre l’interprétation qui touche à la compétence et celle qui n’y touche pas parce qu’elle est [TRADUCTION] « illusoire » (note 3, citant *City of Arlington, Texas c. Federal Communications Commission*, 133 S. Ct. 1863 (2013), p. 1868).

[36] Néanmoins, dans l’arrêt *Alberta Teachers*, les juges majoritaires se sont contentés de souligner que, si elles existent, « [l]es véritables questions de compétence ont une portée étroite et se présentent rarement » (par. 39). Ils ont précisé qu’il appartiendra aux futures parties à un litige de s’acquitter du lourd fardeau de démontrer qu’elles ont bel et bien trouvé une question touchant véritablement à la compétence (par. 42). Toutefois, jusqu’à maintenant, aucune partie à un litige n’a pu relever ce défi devant nous.

[37] Depuis l’arrêt *Alberta Teachers*, la quête des questions touchant véritablement à la compétence est en fait demeurée vaine. Chaque fois que des parties à un litige ont plaidé l’existence d’une question de ce genre, notre Cour a réaffirmé le caractère restrictif et la nature exceptionnelle de cette catégorie (*Guérin*, par. 32; *Capilano*, par. 26; *SODRAC*, par. 39; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 CSC 45, [2015] 3 R.C.S. 219, par. 27; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, par. 61). En 2013, un auteur de doctrine a qualifié la quête de questions touchant véritablement à la compétence de [TRADUCTION] « désespérée », en faisant également observer que la Cour, cinq ans après l’arrêt *Dunsmuir*, n’en avait pas encore trouvé une seule (Daly). Dix années se sont maintenant écoulées depuis l’arrêt *Dunsmuir*, et cette quête reste toujours aussi désespérée. Toutes les fois où elle a appliqué l’arrêt *Dunsmuir*, notre Cour n’a jamais été en mesure de trouver un seul cas où cette catégorie aurait pu être jugée applicable.

[38] Si les questions touchant véritablement à la compétence étaient tout bonnement tombées dans l’oubli, il serait inutile d’en dire davantage à ce sujet. Cependant, cela ne s’est pas produit. La difficulté

a slippery concept. Where decision makers interpret and apply their home statutes, they inevitably determine the scope of their statutory power (*Alberta Teachers*, at para. 34). There are no clear markers to distinguish between simple questions of jurisdiction (i.e., questions that determine the scope of one's authority) and true questions of *vires* (i.e., questions that determine whether one has authority to enter into the inquiry). Such imprecision tempts litigants and judges alike to return to a broad understanding of jurisdiction as justification for correctness review contrary to this Court's jurisprudence. As a result, the elusive search for true questions of *vires* may both threaten certainty for litigants and undermine legislative supremacy.

[39] For some, the continued existence of the category of true questions of *vires* may seem to provide conceptual value, at most. In his concurrence in *Alberta Teachers*, Cromwell J. wrote a spirited defence of the conceptual necessity of correctness review for jurisdiction given the courts' supervisory power over the bounds of jurisdiction, but even he conceded that the category of true questions of *vires* has little analytical value in the standard of review analysis (para. 94). It remains an open question whether conceptual necessity can justify the resources that courts and parties devote to the attempt to define an inherently nebulous concept.

[40] Our jurisprudence has held that the constitutional guarantee of judicial review is premised on the courts' duty to ensure that public authorities do not overreach their lawful powers (*Dunsmuir*, at para. 29; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, at pp. 234-38). However, the jurisprudence has also affirmed that judicial review is based on respect for the choices of the legislature's

inhérente à ce type de questions tient au fait que la compétence est un concept aux contours flous. Lorsque les décideurs interprètent et appliquent leurs lois constitutives, ils déterminent nécessairement la portée du pouvoir que leur confère la loi (*Alberta Teachers*, par. 34). Il n'existe aucune balise claire qui permettrait de distinguer les simples questions de compétence (soit celles permettant de décider de l'étendue du pouvoir d'une personne) des questions touchant véritablement à la compétence (soit celles permettant de décider si la personne a compétence pour procéder à l'instruction). Devant pareille imprécision, les avocats tout comme les juges sont tentés de revenir à une interprétation large de la notion de compétence pour justifier l'application de la norme de la décision correcte, contrairement à la jurisprudence de notre Cour. En conséquence, non seulement la recherche illusoire de questions touchant véritablement à la compétence peut-elle mettre en péril la certitude dont ont besoin les parties, mais elle peut aussi miner la suprématie législative.

[39] Pour certains, le maintien de la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence peut, au mieux, sembler offrir une certaine valeur au plan théorique. Dans ses motifs concordants dans l'arrêt *Alberta Teachers*, le juge Cromwell a souligné avec emphase la nécessité conceptuelle d'un examen de la compétence en fonction de la norme de la décision correcte étant donné le pouvoir de surveillance des cours de justice à l'égard des limites de la compétence. Or, même lui a reconnu que la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence apportait peu à l'analyse relative à la norme de contrôle applicable (par. 94). L'on peut donc se demander si cette nécessité conceptuelle justifie que l'on consacre les ressources des cours de justice et des parties à tenter de définir un concept intrinsèquement nébuleux.

[40] Notre jurisprudence reconnaît que la garantie constitutionnelle dont bénéficie le contrôle judiciaire repose sur l'obligation des cours de justice de veiller à la légalité de l'action administrative (*Dunsmuir*, par. 29; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, p. 234-238). Cependant, notre jurisprudence a également confirmé que le contrôle judiciaire repose sur le respect des choix des décideurs

delegated decision makers and recognizes the legitimacy of multiple reasonable interpretations of a statute (*Dunsmuir*, at para. 35; *McLean*, at para. 33). In matters of statutory interpretation where there is only one reasonable answer, this Court has shown that the reasonableness standard still allows the reviewing court to properly deal with the principles of the rule of law and legislative supremacy that remain at the core of the judicial review analysis (*McLean*, at para. 38; *Mowat*, at para. 34; *Dunsmuir*, at para. 75). In this regard, reasonableness review is often more than sufficient to fulfil the courts' supervisory role with regard to the jurisdiction of the executive.

[41] The reality is that true questions of jurisdiction have been on life support since *Alberta Teachers*. No majority of this Court has recognized a single example of a true question of *vires*, and the existence of this category has long been doubted. Absent full submissions by the parties on this issue and on the potential impact, if any, on the current standard of review framework, I will only reiterate this Court's prior statement that it will be for future litigants to establish either that the category remains necessary or that the time has come, in the words of Binnie J., to "euthanize the issue" once and for all (*Alberta Teachers*, at para. 88).

(2) Questions of Central Importance

[42] The Commission argues that the Tribunal's decisions raise a question of central importance in which it lacks expertise because other federal tribunals with the power to determine general questions of law have concurrent jurisdiction to interpret the scope of s. 5 of the *CHRA*. *Dunsmuir* recognized that the correctness standard of review can apply to questions of law that are both of central importance to the legal system as a whole and outside the decision maker's specialized area of expertise (paras. 55 and 60). Since *Dunsmuir*, this category of correctness review has been applied only twice by this Court

à qui le législateur a confié des fonctions, et reconnaît qu'une loi puisse légitimement se prêter à plusieurs interprétations raisonnables (*Dunsmuir*, par. 35; *McLean*, par. 33). En ce qui a trait aux questions d'interprétation législative qui n'appellent qu'une seule réponse raisonnable, notre Cour a démontré que la norme de la raisonabilité permet toujours aux cours de révision de statuer efficacement sur des questions en tenant compte tant des principes de la primauté du droit que de la suprématie législative qui sont au cœur de l'analyse que commande le contrôle judiciaire (*McLean*, par. 38; *Mowat*, par. 34; *Dunsmuir*, par. 75). Sous ce rapport, l'application de la norme de la raisonabilité permet bien souvent aux tribunaux de remplir aisément leur fonction de surveillance à l'égard de la compétence de l'exécutif.

[41] En réalité, la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence est maintenue en vie artificiellement depuis l'arrêt *Alberta Teachers*. Jamais les juges majoritaires de la Cour n'ont reconnu un seul exemple de question de ce type, et son existence même est mise en doute depuis longtemps. Comme les parties n'ont pas présenté d'observations complètes sur cette question et son effet potentiel, s'il en est, sur le cadre d'analyse actuel applicable à la norme de contrôle, je me contenterai de réitérer le commentaire déjà formulé par la Cour, c'est-à-dire que ce sera aux éventuelles parties à un litige d'établir si cette catégorie est toujours nécessaire ou si le moment est venu, pour reprendre les termes du juge Binnie, « d'en finir avec cette catégorie de questions » une fois pour toutes (*Alberta Teachers*, par. 88).

(2) Les questions d'une importance capitale

[42] La Commission soutient que les décisions du Tribunal soulèvent une question d'une importance capitale à l'égard de laquelle celui-ci ne possède pas l'expertise voulue, puisque d'autres tribunaux fédéraux habilités à trancher des questions générales de droit ont une compétence concurrente à l'égard de l'interprétation de la portée de l'art. 5 de la *LCDP*. L'arrêt *Dunsmuir* a établi que la norme de contrôle de la décision correcte pouvait s'appliquer aux questions de droit qui, à la fois, présentent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, et sont étrangères au domaine d'expertise du décideur

— first in *Saguenay*, at paras. 49-51, and then in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary*, 2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555, at paras. 21-22 and 26. Indeed, this Court has repeatedly rejected a liberal application of this category (see, e.g., *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, at para. 38; *Whatcott*, at para. 168; *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909, at para. 44; *Commission scolaire de Laval v. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 SCC 8, [2016] 1 S.C.R. 29, at para. 34; *Alberta Teachers*, at para. 32; *Barreau du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2017 SCC 56, [2017] 2 S.C.R. 488, at para. 18; *Canadian National Railway*, at paras. 60 and 62; *McLean*, at para. 28).

[43] Here, the Tribunal has extensive expertise in determining what is meant by a discriminatory practice. The ability of other federal tribunals to apply the *CHRA* does not rob the Tribunal of its expertise in its home statute. Regardless of whether the questions before the Tribunal rose to the requisite level of importance, they were clearly within the Tribunal's expertise. This category does not apply.

(3) Contextual Approach

[44] The Commission also urged that a contextual analysis rebuts the presumption of reasonableness review. It argued that this shows clear legislative intent that the correctness standard applies, largely on the ground that the Tribunal changed the “foundational legal test” for what constitutes a service under the *CHRA*. On the basis of their contextual analysis, my colleagues Côté and Rowe JJ. would also apply a correctness standard of review. Respectfully, I disagree with both positions.

(par. 55 et 60). Depuis *Dunsmuir*, notre Cour a appliqué cette catégorie commandant l'utilisation de la norme de la décision correcte à seulement deux reprises — d'abord dans l'arrêt *Saguenay*, par. 49-51, et ensuite dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555, par. 21-22 et 26. En fait, la Cour a maintes fois rejeté une application libérale de cette catégorie (voir, p. ex., *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 38; *Whatcott*, par. 168; *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909, par. 44; *Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 CSC 8, [2016] 1 R.C.S. 29, par. 34; *Alberta Teachers*, par. 32; *Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488, par. 18; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, par. 60 et 62; *McLean*, par. 28).

[43] Ici, le Tribunal possède une vaste expertise pour ce qui est de déterminer ce qui constitue un acte discriminatoire. Le fait que d'autres tribunaux fédéraux soient habilités à appliquer la *LCDP* ne dépouille nullement le Tribunal de son expertise relativement à sa loi constitutive. Indépendamment du fait qu'elles aient ou non atteint l'importance requise, les questions soumises au Tribunal relevaient clairement de son expertise. Par conséquent, en l'espèce, cette catégorie de questions ne trouve pas application.

(3) L'analyse contextuelle

[44] La Commission a aussi soutenu qu'une analyse contextuelle réfute la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable en l'espèce. Selon elle, cette analyse révèle l'intention claire du législateur que la norme de la décision correcte s'applique, en s'appuyant sur le fait que le Tribunal a modifié le [TRADUCTION] « critère juridique fondamental » servant à déterminer ce qui constitue un service aux termes de la *LCDP*. En se fondant sur l'analyse contextuelle qu'ils ont effectuée, mes collègues les juges Côté et Rowe appliqueraient également la norme de la décision correcte. Soit dit en tout respect, je suis en désaccord avec ces deux positions.

[45] The presumption of reasonableness was intended to prevent litigants from undertaking a full standard of review analysis in every case. Where the presumption applies, such simplicity requires that the contextual approach play a subordinate role in the standard of review analysis. Certainly, this Court has indicated that, occasionally, such a contextual inquiry can rebut the presumption of deference (*Saguenay*, at para. 46; *Capilano*, at para. 32; *Tervita*, at para. 35; *McLean*, at para. 22; *Barreau du Québec*, at para. 23). However, the Court has also noted that this will occur in the “exceptional *other* case” (*Rogers*, at para. 16 (emphasis in original)).

[46] This contextual approach should be applied sparingly. As held by the majority of this Court in *Alberta Teachers*, it is inappropriate to “retreat to the application of a full standard of review analysis where it can be determined summarily” (para. 44). After all, the “contextual approach can generate uncertainty and endless litigation concerning the standard of review” (*Capilano*, at para. 35). The presumption of reasonableness review and the identified categories will generally be sufficient to determine the applicable standard. In the exceptional cases where such a contextual analysis may be justified to rebut the presumption, it need not be a long and detailed one (*Capilano*, at para. 34). Where it has been done or referred to in the past, the analysis has been limited to determinative factors that showed a clear legislative intent justifying the rebuttal of the presumption (see, e.g., *Rogers*, at para. 15; *Tervita*, at paras. 35-36; see also, *Saguenay*, at paras. 50-51).

[47] In this regard, I cannot agree with my colleagues Côté and Rowe JJ.’s characterization of the current standard of review framework as requiring correctness review wherever the “contextual factors listed in *Dunsmuir* point towards correctness as the appropriate standard” (para. 73). Where the presumption of reasonableness review applies, as it does here, this suggestion is contrary to the contextual

[45] La présomption d’application de la norme de la décision raisonnable se voulait un moyen d’éviter aux parties d’avoir systématiquement à passer par une analyse exhaustive de la norme de contrôle applicable. Lorsque la présomption s’applique, il est nécessaire, pour que le processus soit ainsi simplifié, que l’analyse contextuelle joue un rôle qui reste subordonné dans l’analyse relative à la norme de contrôle. Notre Cour a certes déjà indiqué que, occasionnellement, la présomption de déférence peut être réfutée par une analyse contextuelle (*Saguenay*, par. 46; *Capilano*, par. 32; *Tervita*, par. 35; *McLean*, par. 22; *Barreau du Québec*, par. 23). Cependant, la Cour a aussi souligné que cela était le cas dans une « situation exceptionnelle *nouvelle* » (*Rogers*, par. 16 (en italique dans l’original)).

[46] Cette approche contextuelle devrait être appliquée avec parcimonie. Comme l’ont déclaré les juges majoritaires de la Cour dans l’arrêt *Alberta Teachers*, il est inapproprié de « revenir à l’analyse exhaustive lorsqu’une démarche sommaire permet de déterminer la norme de contrôle » (par. 44). En effet, le « recours à une analyse contextuelle peut être source d’incertitude et d’interminables litiges au sujet de la norme de contrôle applicable » (*Capilano*, par. 35). La présomption d’application de la norme de la décision raisonnable et les catégories déjà énumérées suffiront généralement pour déterminer la norme de contrôle applicable. Dans les cas exceptionnels où il serait justifié de recourir à une analyse contextuelle pour repousser la présomption, celle-ci n’a pas à être longue et détaillée (*Capilano*, par. 34). Dans les situations où tel était le cas, ou lorsqu’il en a été question par le passé, l’analyse ne portait que sur les facteurs déterminants qui révélaient une intention claire du législateur justifiant la réfutation de la présomption (voir, p. ex., *Rogers*, par. 15; *Tervita*, par. 35-36; voir également *Saguenay*, par. 50-51).

[47] À cet égard, je ne peux souscrire à la qualification que mes collègues les juges Côté et Rowe donnent au cadre d’analyse actuel applicable à la norme de contrôle, qui exigerait selon eux l’application de la norme de la décision correcte dès que « les facteurs contextuels énumérés dans l’arrêt *Dunsmuir* tendent plutôt vers la norme de la décision correcte » (par. 73). Lorsque la présomption d’application de la

approach's ancillary role in our current jurisprudence and would undermine the certainty this Court has sought to establish in the past decade. While this Court may eventually find it necessary to revisit the standard of review framework, dissatisfaction with the current state of the law is no reason to ignore our precedents following *Dunsmuir*. To do so only adds confusion to an already challenging area of law.

[48] Turning to the specifics of this case with this guidance in mind, there are no factors present in this appeal that would necessitate a long and detailed contextual analysis to rebut the presumption. The Commission's submission that changes to "foundational legal tests" require the application of a correctness standard must be rejected. It has no basis in the jurisprudence, is not a clear indicator of legislative intent, and would risk adding only more uncertainty to the standard of review analysis. Moreover, I would be cautious not to expand the appropriate factors beyond those enumerated in *Dunsmuir* without a principled basis for doing so, as this would invite unprincipled interference with the legislature's delegates.

[49] I also consider it necessary to address my colleagues Côté and Rowe JJ.'s own application of the contextual analysis in this case. None of the factors they raise, in my opinion, warrants the application of the contextual approach or, by extension, correctness review. With respect, I am of the view that their treatment of the contextual analysis is unsupported by, and at points contrary to, this Court's jurisprudence.

[50] With regard to the absence of a privative clause, this Court has long since established that such an omission does not rebut the presumption of deference

norme de la raisonnablement joue, comme en l'espèce, l'approche qu'ils suggèrent d'adopter irait à l'encontre du rôle accessoire de l'analyse contextuelle dans notre jurisprudence actuelle, et compromettrait la stabilité que notre Cour a cherché à établir au cours de la dernière décennie. Bien que notre Cour puisse ultérieurement juger nécessaire d'examiner à nouveau le cadre d'analyse applicable à la norme de contrôle, une insatisfaction face à l'état actuel du droit ne permet pas de faire abstraction de notre jurisprudence postérieure à l'arrêt *Dunsmuir*. Cela ne fait que créer de la confusion inutile dans un domaine du droit qui est déjà complexe.

[48] Dans cette perspective, au regard des circonstances particulières de la présente affaire, aucun facteur ne rend nécessaire une analyse contextuelle longue et détaillée pour tenter de réfuter la présomption en l'espèce. L'argument de la Commission selon lequel les modifications apportées aux « critères juridiques fondamentaux » exigent l'application de la norme de la décision correcte doit être rejeté. En effet, cet argument n'a aucun fondement dans la jurisprudence, ne constitue pas une indication claire de l'intention du législateur, et risquerait d'ajouter encore plus à l'incertitude dans l'analyse de la norme de contrôle applicable. De plus, je prendrais garde de ne pas ajouter aux facteurs appropriés énumérés dans *Dunsmuir* à moins que ce ne soit fondé sur une raison valable de principe, sans quoi cela risquerait de donner lieu à une ingérence injustifiée dans l'exercice des pouvoirs des décideurs à qui le législateur a choisi de déléguer certaines fonctions.

[49] J'estime par ailleurs que je dois aussi me pencher sur l'application de l'analyse contextuelle que font mes collègues les juges Côté et Rowe en l'espèce. À mon avis, aucun des facteurs qu'ils soulèvent ne justifie l'application de cette analyse, ou, par extension, de la norme de la décision correcte. N'en déplaise à mes collègues, je suis d'avis que la façon dont ils appliquent l'analyse contextuelle ne trouve pas appui dans la jurisprudence de notre Cour et, à certains égards, qu'elle est même contraire à celle-ci.

[50] Pour ce qui est de l'absence de clause privative, notre Cour a établi depuis longtemps qu'une telle omission ne repousse pas la présomption de déférence

(*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 25; *Mowat*, at para. 17). To the contrary, the fact that the legislature has allocated authority to a decision maker other than the courts is itself an indication that the legislature intended deferential review (*Khosa*, at para. 25).

[51] This Court’s jurisprudence also does not support correctness review on the basis that other administrative tribunals may consider the *CHRA*. Certainly, this Court has recognized that correctness review may be applied where a tribunal is not part of a “discrete and special administrative regime” because it shares jurisdiction with the courts or because there is clear language indicating that it is to be treated as if it were a court (*Rogers*, at para. 15 (emphasis deleted), citing *Dunsmuir*, at para. 55; see also *Tervita*, at para. 38). This is distinguishable, however, from the situation where a tribunal applies its home statute, the courts have no concurrent jurisdiction and there is no explicit appeal clause. Indeed, in my view, the approach taken by *Côté* and *Rowe JJ.* would create a new category of correctness review for alleged questions of central importance regardless of the tribunal’s expertise.

[52] The potential for conflicting lines of authority does not warrant correctness review either. This Court has recognized that conflicting lines of authority do not, on their own, justify judicial review and it has applied a deferential standard where they have been raised (*Wilson*, at para. 17; *Barreau du Québec*, at para. 19; *Smith*, at para. 38; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d’appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, at pp. 800-801). I also doubt that there is a conflicting line of authority in this case. The approach to s. 5 of the *CHRA* taken in *Druken* in 1998 was set aside in *Murphy* in 2012, and this guidance has since been followed. Tellingly, the most recent conflicting authority *Côté* and *Rowe JJ.* have identified dates back 17 years.

(*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 25; *Mowat*, par. 17). Au contraire, le fait que le législateur a confié certains pouvoirs à un décideur administratif plutôt qu’aux tribunaux judiciaires porte à croire qu’il avait l’intention que la déférence s’impose (*Khosa*, par. 25).

[51] De plus, la jurisprudence de la Cour n’étaye pas une application de la norme de la décision correcte fondée sur le fait que d’autres tribunaux administratifs peuvent trancher des questions relatives à la *LCDP*. Notre Cour a certes reconnu que la norme de la décision correcte peut s’appliquer lorsqu’un tribunal ne fait pas partie d’un « régime administratif distinct et particulier » parce qu’il a compétence concurrente avec les cours de justice ou parce qu’il est clairement indiqué dans une disposition que la décision doit être traitée comme si elle avait été rendue par une cour de justice (*Rogers*, par. 15 (italique omis), citant *Dunsmuir*, par. 55; voir également *Tervita*, par. 38). Cette situation diffère par contre de celle où un tribunal applique sa loi constitutive, où les cours de justice n’ont pas compétence concurrente et où il n’y a pas de disposition expresse créant un droit d’appel. De fait, à mon avis, la démarche adoptée à ce chapitre par mes collègues les juges *Côté* et *Rowe* créerait une nouvelle catégorie appelant la norme de la décision correcte pour les questions qui auraient une importance capitale, peu importe l’expertise du tribunal.

[52] La possibilité que des courants jurisprudentiels divergents existent ne justifie pas non plus l’application de la norme de la décision correcte. Notre Cour a reconnu que les courants de ce type ne justifient pas à eux seuls un contrôle judiciaire, et elle a appliqué une norme empreinte de déférence dans les cas où ils ont été soulevés (*Wilson*, par. 17; *Barreau du Québec*, par. 19; *Smith*, par. 38; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d’appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, p. 800-801). Je doute aussi qu’il existe un tel courant jurisprudentiel divergent relativement aux questions soulevées dans la présente affaire. La démarche relative à l’art. 5 de la *LCDP* adoptée dans *Druken* en 1998 a été écartée dans l’arrêt *Murphy* en 2012, lequel fait autorité depuis. Qui plus est, la décision contradictoire la plus récente dont font mention mes collègues les juges *Côté* et *Rowe* a été rendue il y a 17 ans.

[53] Lastly, I take issue with the treatment Côté and Rowe JJ. give to the nature of the question at issue and the purpose of the Tribunal. Interpreting the scope of the term “services” does not have a constitutional dimension. No interpretation of s. 5 of the *CHRA* could prevent superior courts from hearing challenges under s. 15 of the *Charter* or give the Tribunal the power to hear *Charter* applications. Indeed, framing these factors as a question of whether certain questions are better suited for courts effectively applies the jurisdiction/preliminary question doctrine. As discussed, this doctrine was long ago put to rest (*CUPE*, at p. 233; *Dunsmuir*, at para. 59; *Halifax*, at para. 34).

[54] As the presumption that reasonableness review applies is not rebutted, the Tribunal’s decisions will be reviewed on a reasonableness standard, as it was at the Federal Court and the Federal Court of Appeal.

B. *Review of the Decisions*

(1) The Reasonableness Standard

[55] In reasonableness review, the reviewing court is concerned mostly with “the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process” and with determining “whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir*, at para. 47; *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 14). When applied to a statutory interpretation exercise, reasonableness review recognizes that the delegated decision maker is better situated to understand the policy concerns and context needed to resolve any ambiguities in the statute (*McLean*, at para. 33). Reviewing courts must also refrain from reweighing and reassessing the evidence considered by the decision maker (*Khosa*, at para. 64). At its core, reasonableness review recognizes the legitimacy of

[53] Enfin, je suis en désaccord avec la façon dont mes collègues les juges Côté et Rowe analysent la nature de la question en litige et l’objet du Tribunal. L’interprétation de la portée du terme « services » ne comporte pas de dimension constitutionnelle. Aucune interprétation de l’art. 5 de la *LCDP* ne peut empêcher les cours supérieures de statuer sur des contestations fondées sur l’art. 15 de la *Charte*, ni ne peut habiliter le Tribunal à connaître des demandes fondées sur la *Charte*. De fait, formuler l’analyse de ces facteurs comme consistant à savoir si les cours de justice sont mieux placées pour trancher certaines questions revient à effectivement mettre en cause la théorie de la compétence ou de la condition préalable. Comme je l’ai déjà expliqué, cette théorie a été écartée il y a longtemps (*SCFP*, p. 233; *Dunsmuir*, par. 59; *Halifax*, par. 34).

[54] Puisque la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable n’est pas réfutée, à l’instar de la Cour fédérale et de la Cour d’appel fédérale, j’examinerai les décisions du Tribunal selon la norme de la décision raisonnable.

B. *Le contrôle des décisions*

(1) La norme de la décision raisonnable

[55] Lorsqu’une cour de révision examine une décision selon la norme de la décision raisonnable, elle doit principalement s’intéresser à « la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel », de même qu’à « l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47; *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 14). Lorsqu’elle est appliquée à l’interprétation législative, la norme de la décision raisonnable reconnaît que le décideur, titulaire de pouvoirs délégués, est le mieux placé pour comprendre les considérations de politique générale et le contexte qu’il faut connaître pour résoudre toute ambiguïté dans le texte de loi (*McLean*, par. 33). Les cours de révision doivent par ailleurs éviter de soupeser et d’apprécier à nouveau la preuve prise en compte par le décideur

multiple possible outcomes, even where they are not the court's preferred solution.

(2) Application

[56] In both decisions, the Tribunal provided careful and well-considered reasons explaining why the complaints had not established a discriminatory practice under the *CHRA*. The adjudicators first characterized the complaints as direct attacks on legislation. They then found that, while the *CHRA* conferred remedial authority to render conflicting legislation inoperable, the Tribunal could not grant a remedy unless a discriminatory practice had first been established. They then concluded that legislation *per se* was not a service under the s. 5 prohibition of discriminatory practices in the provision of services. In coming to this conclusion, the adjudicators considered the complainants' evidence and submissions, the governing jurisprudence, the purpose, nature and scheme of the *CHRA*, and relevant policy considerations. The decisions meet the *Dunsmuir* standard of intelligibility, transparency and justifiability, and fall within the range of reasonable outcomes (para. 47).

[57] The critical issue for the adjudicators to decide was whether the complaints constituted a direct attack on legislation or whether they concerned discrimination in the provision of a service. It is uncontroversial that actions of the executive in providing services primarily available to the public are reviewable under human rights legislation (see, e.g., *Tranchemontagne*; *Beattie v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2014 CHRT 1; *Canada (Attorney General) v. Davis*, 2013 FC 40, 425 F.T.R. 200; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 445, [2013] 4 F.C.R. 545). What is controversial is consideration of complaints that, in substance, solely

(*Khosa*, par. 64). Fondamentalement, la norme de la raisonnable reconnaît qu'il peut légitimement y avoir de multiples issues possibles, même lorsque celles-ci ne correspondent pas à la solution optimale que la cour de révision aurait elle-même retenue.

(2) Application

[56] Dans les deux décisions qu'il a rendues, le Tribunal a fourni des motifs soigneusement rédigés et mûrement réfléchis où il a expliqué les raisons pour lesquelles les plaignants n'avaient pas réussi à établir l'existence d'un acte discriminatoire au sens de la *LCDP*. Les membres décideurs ont d'abord qualifié les plaintes de contestations visant directement un texte de loi. Ils ont ensuite conclu que, s'il était vrai que la *LCDP* conférait au Tribunal le pouvoir réparateur de déclarer inopérantes des lois incompatibles, ce dernier ne pouvait accorder une telle réparation sans que l'existence d'un acte discriminatoire ait été prouvée au préalable. Ils ont ajouté qu'un texte de loi en soi n'était pas un service aux termes de l'art. 5, qui interdit les actes discriminatoires dans le cadre de la prestation de services. Pour parvenir à cette conclusion, les membres décideurs ont étudié les éléments de preuve et les observations des plaignants, la jurisprudence applicable, l'objet, la nature et l'économie de la *LCDP* et enfin, les considérations de politique générale pertinentes. Les décisions en cause respectent les critères de justification, de transparence et d'intelligibilité définis dans *Dunsmuir*, et elles appartiennent aux issues possibles raisonnables (par. 47).

[57] La question déterminante que les membres décideurs devaient trancher était celle de savoir si les plaintes constituaient une attaque directe contre un texte de loi ou si elles mettaient en cause un acte discriminatoire dans la prestation d'un service. Il est incontesté que les actions de l'exécutif dans le cadre de la fourniture de services destinés principalement au public sont susceptibles de faire l'objet d'un examen fondé sur les lois en matière de droits de la personne (voir, p. ex., *Tranchemontagne*; *Beattie c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2014 TCDP 1; *Canada (Procureur général) c. Davis*, 2013 CF 40; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF

target legislation. In reviewing such complaints, human rights tribunals are faced with the challenging task of distinguishing between administrative services and legislation. Human rights tribunals in federal and provincial jurisdictions have taken various approaches to making such a distinction (C. Mummé, “At the Crossroads in Discrimination Law: How the Human Rights Codes Overtook the *Charter* in Canadian Government Services Cases” (2012), 9 *J.L. & Equality* 103, at pp. 116-17). Since this raises a question of mixed fact and law squarely within their expertise, human rights tribunals are best situated to develop an approach to making such distinctions. Under reasonableness review, the reviewing court’s task is to supervise the tribunal’s approach in the context of the decision as a whole. Its role is not to impose an approach of its own choosing.

[58] The adjudicators approached the characterization of the complaints by looking at the jurisprudence for determining what constitutes a service under s. 5 of the *CHRA* and by considering the nature of the allegations, the wording of the complainants’ submissions and the relationship between the Registrar and the s. 6 entitlement provisions of the *Indian Act*. Both adjudicators placed weight on the complainants’ submissions that framed their complaints as targeting the *Indian Act* entitlement provisions. The adjudicators found that the complaints did not impugn the means by which the Registrar had processed their applications, but substantively targeted the eligibility criteria that the Registrar was required to apply. On this basis, the adjudicators reasonably concluded that the complaints before them were properly characterized as direct attacks on legislation.

[59] After concluding that the complaints impugned legislative criteria rather than the process

445, [2013] 4 R.C.F. 545). Ce qui est en litige, c’est plutôt l’examen de plaintes qui, essentiellement, visent uniquement des textes de loi. Lorsqu’ils examinent de telles plaintes, les tribunaux des droits de la personne font face à la tâche difficile d’établir une distinction entre les services administratifs et la législation. Les tribunaux des droits de la personne des administrations fédérale et provinciales ont adopté diverses approches pour faire une telle distinction (C. Mummé, « At the Crossroads in Discrimination Law : How the Human Rights Codes Overtook the *Charter* in Canadian Government Services Cases » (2012), 9 *J.L. & Equality* 103, p. 116-117). Puisque cette distinction soulève une question mixte de fait et de droit qui relève directement de leur champ d’expertise, les tribunaux des droits de la personne sont les mieux placés pour élaborer une approche permettant d’établir les distinctions de cette nature. Dans le cadre d’un contrôle selon la norme de la raisonnable, la cour de révision a pour tâche d’exercer une surveillance à l’égard de l’approche utilisée par le tribunal dans le contexte de la décision prise dans son ensemble. Son rôle n’est pas d’imposer l’approche de son choix.

[58] Les membres décideurs ont abordé la qualification des plaintes en examinant la jurisprudence afin d’établir ce qui constitue un service aux termes de l’art. 5 de la *LCDP*. Ils ont étudié la nature des allégations, la formulation des observations des plaignants et le rapport qui existe entre le registraire et les dispositions sur le droit à l’inscription à l’art. 6 de la *Loi sur les Indiens*. Les deux membres décideurs ont accordé de l’importance aux observations des plaignants dont la formulation donnait à penser que les plaintes visaient les dispositions sur le droit à l’inscription de la *Loi sur les Indiens*. De l’avis des membres décideurs, les plaintes ne mettaient pas en cause les moyens employés par le registraire pour traiter leurs demandes, mais visaient essentiellement les critères d’admissibilité que le registraire était tenu d’appliquer. Sur ce fondement, les membres décideurs ont raisonnablement conclu que les plaintes portées devant eux pouvaient être qualifiées à bon droit d’attaques directes contre un texte de loi.

[59] Après avoir conclu que les plaintes mettaient en cause des critères législatifs plutôt que le processus

of registration, the adjudicators turned to consider whether the complainants were capable of making out a discriminatory practice under the *CHRA*. All of the complaints alleged that INAC had engaged in a discriminatory practice by denying a service, or by subjecting the complainants to adverse differentiation with respect to a service, on prohibited grounds. The adjudicators therefore sought to determine whether legislation fell within the statutory definition of a service.

[60] The Tribunal reasonably considered the guidance provided by the Federal Court of Appeal in *Murphy* and the underlying Tribunal decision that the Federal Court of Appeal had endorsed in that judgment. It is unnecessary for the disposition of this appeal to determine the degree to which *Murphy* constituted binding authority or how such a decision could be overturned by this Court on reasonableness review. While the adjudicators considered themselves bound by *Murphy*, they still conducted a thorough analysis to determine whether or not *Murphy* had been superseded either by binding authority or by the *CHRA*. Both decisions can stand on their own merits.

[61] In considering the authorities from both this Court and provincial jurisdictions, the adjudicators distinguished the primacy of human rights legislation and the statutory prohibition against discriminatory practices. They recognized that decisions such as *Heerspink*, *Craton*, *Action Travail des Femmes*, *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *Larocque*, and *Tranchemontagne* considered that human rights legislation could render conflicting legislation inoperable. Hence, where a discriminatory practice without *bona fide* justification is established, the Tribunal has the power to order administrators to stop applying conflicting provisions. However, as the Tribunal indicated, in all such cases the human rights tribunals were responding to an established discriminatory practice. None of these cases stood for the proposition that legislation in general fell within the meaning of “services”. The Tribunal reasonably did not take the jurisprudence on its remedial authority

d’inscription, les membres décideurs ont examiné la question de savoir si les plaignants étaient en mesure d’établir l’existence d’un acte discriminatoire au sens de la *LCDP*. Dans toutes les plaintes, il était allégué qu’AINC s’était livré à des actes discriminatoires en refusant aux plaignants un service, ou en leur faisant subir, en ce qui a trait à un service, une distinction défavorable fondée sur un motif illicite. Les membres décideurs ont donc cherché à établir si le texte de loi constituait un service aux termes de la loi.

[60] Le Tribunal a raisonnablement examiné les lignes directrices que la Cour d’appel fédérale a énoncées dans l’arrêt *Murphy*, de même que la décision sous-jacente du Tribunal à laquelle la Cour d’appel fédérale a souscrit dans cet arrêt. Il n’est pas nécessaire, pour trancher le présent pourvoi, de déterminer la mesure dans laquelle l’arrêt *Murphy* avait valeur de précédent, ni de quelle manière notre Cour aurait pu infirmer une telle décision au terme d’un contrôle selon la norme de la raisonabilité. En effet, même si les membres décideurs s’estimaient liés par l’arrêt *Murphy*, ils ont tout de même mené une analyse approfondie afin d’établir si cet arrêt avait été supplanté, que ce soit par un précédent qui les lie ou par la *LCDP*. Ainsi, les deux décisions ont été rendues en fonction des faits qui leur sont propres.

[61] Dans le cadre de leur analyse de la jurisprudence émanant de notre Cour et des juridictions provinciales, les membres décideurs ont fait une distinction entre la préséance des lois sur les droits de la personne et l’interdiction que prévoit la loi à l’égard des actes discriminatoires. Ils ont reconnu que selon les décisions rendues dans des affaires comme *Heerspink*, *Craton*, *Action Travail des Femmes*, *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *Larocque* et *Tranchemontagne*, les lois sur les droits de la personne pouvaient rendre inopérantes des dispositions législatives incompatibles. C’est ainsi que lorsqu’un acte discriminatoire sans motif justifiable est démontré, le Tribunal a le pouvoir d’ordonner à un décideur administratif de cesser d’appliquer les dispositions incompatibles. Mais comme le Tribunal l’a indiqué, dans les arrêts précédemment mentionnés, les tribunaux des droits de la personne étaient intervenus pour remédier à un acte discriminatoire établi. Rien

as overturning *Murphy* or as necessitating an expansive interpretation of the meaning of “services”.

[62] The adjudicators also reasonably considered whether legislation could fall under the definition of a service based on *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571, and *Watkin*. The adjudicator in *Andrews* noted that the *sui generis* nature of Parliament’s power to legislate is inconsistent with the characterization of law-making as a public service and that law-making does not have the transitive connotation necessary to identify a service customarily offered to the public.

[63] There is also no issue with the Tribunal’s review of the scheme of the *CHRA*. Both adjudicators found that the provisions raised by the Commission were entirely consistent with the distinction made between the primacy of human rights legislation and the scope of the *CHRA*’s prohibition of discriminatory practices. Section 49(5), which requires that the adjudicator assigned to cases where legislation may be rendered inoperable be a lawyer, and s. 62(1), which immunizes pension legislation from review, are consistent with the distinction between the primacy of the *CHRA* and the scope of its prohibition of discriminatory practices. Neither provision supports the interpretation that all legislation could be subject to review by the Tribunal. The now repealed s. 67 of the *CHRA*, which immunized the *Indian Act* from human rights complaints, was consistent with Parliament’s intent to shield services rendered pursuant to the *Indian Act* from challenge. In any event, on its own, s. 67 was insufficient to infer that Parliament intended to allow direct challenges to all other legislation.

dans ces décisions ne permettait d’affirmer que les textes de loi en général constituaient des « services ». Le Tribunal s’est raisonnablement abstenu d’inférer de la jurisprudence concernant son pouvoir de réparation qu’elle infirmait l’arrêt *Murphy*, ou qu’elle exigeait une interprétation large du sens du terme « services ».

[62] Les membres décideurs ont aussi raisonnablement évalué la question de savoir si un texte de loi pouvait constituer un service compte tenu des arrêts *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, et *Watkin*. Le membre décideur saisi de l’affaire *Andrews* a souligné que la nature *sui generis* du pouvoir de légiférer du Parlement était incompatible avec le fait de considérer l’acte de légiférer comme un service public, et que l’acte de légiférer n’avait pas la connotation transitive nécessaire pour pouvoir être considéré comme un service destiné au public.

[63] Aucune question ne se soulève non plus quant à l’examen de l’économie de la *LCDP* par le Tribunal. Les deux membres décideurs ont conclu que les dispositions invoquées par la Commission étaient pleinement cohérentes avec la distinction entre la préséance des lois sur les droits de la personne et la portée de l’interdiction relative aux actes discriminatoires prévue dans la *LCDP*. Le paragraphe 49(5), qui exige que le membre décideur affecté aux affaires dans lesquelles des dispositions législatives pourraient être déclarées inopérantes soit un avocat, et le par. 62(1), qui place la législation sur les régimes de retraite à l’abri d’un examen, sont compatibles avec la différence qui existe entre la préséance de la *LCDP* et la portée de l’interdiction relative aux actes discriminatoires qu’elle prévoit. Aucune de ces dispositions n’appuie l’interprétation selon laquelle toute loi serait susceptible de révision par le Tribunal. L’article 67 de la *LCDP* (maintenant abrogé), qui soustrayait la *Loi sur les Indiens* aux plaintes en matière de droits de la personne, correspondait à l’intention qu’avait le législateur de mettre à l’abri d’une contestation les services fournis conformément à la *Loi sur les Indiens*. Toutefois, l’art. 67 ne permettait pas, à lui seul, de conclure que le législateur avait eu l’intention de permettre des contestations directes de toutes les autres lois.

[64] The Commission and interveners have raised numerous policy grounds upon which direct challenges to legislation should be considered by the Tribunal. However, it is not for a reviewing court to reweigh policy considerations. The adjudicators clearly considered the practical difficulties and challenges to democratic legitimacy involved in evaluating challenges to legislation under the *bona fide* justification requirement. There is nothing unreasonable about this determination.

[65] I would conclude by noting that the analysis of s. 5 of the *CHRA* in *Côté* and *Rowe JJ.*'s reasons does not differ significantly from that of the Tribunal. Indeed, I fail to see where their analysis adds to the Tribunal's interpretation of its own statute, which engaged substantially with the human rights jurisprudence and addressed the difficult question of when a complaint is properly characterized as an attack on legislation. Given this, I would question whether this Court, or any reviewing court, is necessarily better situated to interpret this decision maker's home statute.

V. Conclusion

[66] The Tribunal reviewed all of the complaints in carefully considered, thorough and logical decisions that fell within the range of possible, acceptable outcomes. Both decisions were reasonable and should be upheld.

[67] In closing, I would emphasize that the disposition of this appeal says nothing as to whether the *Indian Act* infringes the rights of the complainants under s. 15 of the *Charter*. In this regard, I would simply note that in recent years, there have been two successful challenges to the *Indian Act* registration provisions, both of which have prompted legislative reform (*Descheneaux v. Canada (Attorney General)*, 2015 QCCS 3555, [2016] 2 C.N.L.R. 175; *McIvor v. Canada (Indian and Northern Affairs, Registrar)*, 2009 BCCA 153, 306 D.L.R. (4th) 193).

[64] La Commission et les intervenants ont soulevé de nombreuses raisons de politique générale qui justifieraient que les contestations directes visant des textes de loi soient examinées par le Tribunal. Cependant, il n'appartient pas à une cour de révision de soupeser à nouveau les considérations de politique générale. Les membres décideurs ont clairement tenu compte des difficultés d'ordre pratique et des remises en question de la légitimité démocratique que suppose l'examen des contestations de la loi en fonction du critère du motif justifiable. La conclusion qu'ils ont tirée n'a rien de déraisonnable.

[65] Je conclurai en soulignant que l'analyse de l'art. 5 de la *LCDP* contenue dans les motifs des juges *Côté* et *Rowe* ne diffère pas beaucoup de celle qu'a faite le Tribunal. En fait, je ne vois pas de quelle façon leur analyse ajoute à l'interprétation que le Tribunal donne à sa loi constitutive, qui portait en grande partie sur la jurisprudence en matière de droits de la personne et qui abordait l'épineuse question de savoir dans quels cas une plainte peut être qualifiée à juste titre d'attaque contre un texte de loi. Compte tenu de cela, je doute que notre Cour, ou toute autre cour de révision, soit nécessairement mieux placée pour interpréter la loi constitutive de ce décideur.

V. Conclusion

[66] Le Tribunal a examiné toutes les plaintes dans des décisions détaillées, logiques et mûrement réfléchies qui faisaient partie des issues possibles acceptables. Les deux décisions sont raisonnables, et elles devraient être maintenues.

[67] En terminant, je tiens à souligner que le présent pourvoi est tranché sans que nous ayons à juger si la *Loi sur les Indiens* porte atteinte aux droits que l'art. 15 de la *Charte* garantit aux plaignants. À ce chapitre, je fais simplement remarquer que, ces dernières années, deux contestations des dispositions relatives à l'inscription de la *Loi sur les Indiens* ont été couronnées de succès, et ont entraîné une réforme de la loi (*Descheneaux c. Canada (Procureur général)*, 2015 QCCS 3555; *McIvor c. Canada (Indian and Northern Affairs, Registrar)*, 2009 BCCA 153, 306 D.L.R. (4th) 193).

[68] I would accordingly dismiss the appeal. Costs were not sought by either party and will not be awarded.

The following are the reasons delivered by

CÔTÉ AND ROWE JJ. —

I. Overview

[69] At issue in this case is whether the Canadian Human Rights Tribunal (“Tribunal”) erred in finding that legislative enactments cannot be challenged pursuant to s. 5 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6 (“CHRA”). Section 5 of the CHRA prohibits (among other things) the making of discriminatory distinctions in the provision of services customarily available to the general public. In both *Andrews v. Canada (Indian and Northern Affairs)*, 2013 CHRT 21, and *Matson v. Canada (Indian and Northern Affairs)*, 2013 CHRT 13, the Tribunal dismissed several complaints brought against the registration provisions of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, on the basis that they did not impugn discrimination “in the provision of . . . services” (s. 5 of the CHRA). Applying a deferential standard of review, both the Federal Court (2015 FC 398, 477 F.T.R. 229) and the Federal Court of Appeal (2016 FCA 200, [2017] 2 F.C.R. 211) held that the Tribunal’s decisions in *Matson* and *Andrews* were reasonable. A majority of this Court would do the same.

[70] We agree with our colleague Gascon J. as to the disposition of this appeal, as well as with his summary of the facts and judicial history. However, we part ways with respect to the selection of the appropriate standard of review. In our view, a contextual analysis leads to the conclusion that the Tribunal’s decisions should be reviewed for correctness. Applying this standard, we would hold that the Tribunal correctly decided the issue, and dismiss the appeal accordingly.

[68] En conséquence, je rejetterais le pourvoi. Puisqu’aucune des parties n’a demandé de dépens, aucuns ne seront adjugés.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES CÔTÉ ET ROWE —

I. Aperçu

[69] Le présent pourvoi soulève la question de savoir si le Tribunal canadien des droits de la personne (« Tribunal ») a commis une erreur en concluant que les textes de loi ne peuvent faire l’objet d’une contestation en vertu de l’art. 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6 (« LCDP »). Cette disposition interdit, notamment, les distinctions discriminatoires par un fournisseur de services destinés au public. Dans les décisions *Andrews c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2013 TCDP 21, et *Matson c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2013 TCDP 13, le Tribunal a rejeté plusieurs plaintes déposées à l’encontre des dispositions en matière d’inscription de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, au motif qu’elles ne mettaient pas en cause un acte discriminatoire commis par « le fournisseur de [. . .] services » (art. 5 de la LCDP). Appliquant une norme de contrôle qui commande la déférence, la Cour fédérale (2015 CF 398) et la Cour d’appel fédérale (2016 CAF 200, [2017] 2 R.C.F. 211) ont toutes deux conclu que les décisions *Matson* et *Andrews* du Tribunal étaient raisonnables. Les juges majoritaires de notre Cour en feraient de même.

[70] Nous sommes d’accord avec notre collègue le juge Gascon quant à l’issue du présent pourvoi, et nous souscrivons également à son résumé des faits et de l’historique judiciaire. Toutefois, nous sommes en désaccord en ce qui concerne le choix de la norme de contrôle applicable. À notre avis, une analyse contextuelle mène à la conclusion que les décisions du Tribunal devraient être examinées selon la norme de la décision correcte. En appliquant cette norme, nous concluons que le Tribunal a correctement tranché la question en litige, et nous rejetterions le pourvoi en conséquence.

II. Analysis

A. *What Is the Applicable Standard of Review?*

[71] In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 62, this Court established a two-stage framework for determining the degree of deference owed to an administrative body's decision on judicial review. First, the reviewing court is to survey the jurisprudence to ascertain whether the applicable standard of review has already been settled. If so, the inquiry ends there and the court applies that standard in reviewing the merits of the impugned decision. If the appropriate standard has not been settled in the jurisprudence, however, the second stage of the analysis directs the court to undertake a more rigorous analysis to determine whether the statutory body's decision ought to be reviewed for reasonableness or for correctness.

[72] The standard of review analysis set out in *Dunsmuir* requires the court to consider several contextual factors, which include the nature of the question at issue, the presence or absence of a privative clause, the tribunal's statutory purpose, and the expertise of the tribunal (para. 64). These factors help to determine the standard that strikes the appropriate balance between respect for the rule of law on the one hand, and legislative supremacy on the other.

[73] In the jurisprudence that followed *Dunsmuir*, this Court has placed significant emphasis on the nature of the question at issue when determining the applicable standard of review. In *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 39, this Court affirmed that reasonableness will be the presumptive standard for the review of questions that involve the tribunal's interpretation and application of its home statute or of a statute closely related to its function. There are, however, two situations where the presumption will not apply. First, the jurisprudence recognizes four "categories" of questions that will necessarily attract review on a standard of correctness: constitutional questions,

II. Analyse

A. *Quelle est la norme de contrôle applicable?*

[71] Dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 62, la Cour a établi un cadre d'analyse en deux étapes pour déterminer le degré de déférence qui doit être accordé à la décision d'un organisme administratif lors du contrôle judiciaire. À la première étape, la cour de révision examine la jurisprudence pour vérifier si la norme de contrôle applicable a déjà été établie. Dans l'affirmative, l'analyse s'arrête là et la cour applique cette norme dans son examen sur le fond de la décision contestée. Toutefois, si la jurisprudence n'a pas établi la norme applicable, la deuxième étape de l'analyse prévoit que la cour doit entreprendre une analyse plus rigoureuse afin de déterminer si la décision de l'organisme statutaire doit être examinée selon la norme de la décision raisonnable ou selon la norme de la décision correcte.

[72] L'analyse relative à la norme de contrôle énoncée dans l'arrêt *Dunsmuir* exige que la cour tienne compte de plusieurs facteurs contextuels, dont la nature de la question en cause, l'existence ou l'inexistence d'une clause privative, la raison d'être du tribunal selon sa loi habilitante, ainsi que l'expertise du tribunal (par. 64). Ces facteurs aident à déterminer la norme qui permet d'atteindre un juste équilibre entre le respect de la primauté du droit, d'une part, et la suprématie législative, d'autre part.

[73] Dans la jurisprudence qui a suivi l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour a accordé beaucoup d'importance à la nature de la question en cause pour déterminer la norme de contrôle applicable. Dans *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 39, la Cour a affirmé qu'il convient de présumer que la norme de la décision raisonnable sera applicable aux décisions qui impliquent l'interprétation et l'application par le tribunal de sa loi constitutive, ou d'une loi étroitement liée à son mandat. Il existe toutefois deux situations où cette présomption ne s'appliquera pas. Premièrement, la jurisprudence reconnaît quatre « catégories » de questions qui devront nécessairement être examinées

questions of law that are both of central importance to the legal system and that are outside of the tribunal's specialized area of expertise, questions that involve the drawing of jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals, and true questions of jurisdiction. Second, the presumption of reasonableness will be rebutted if the contextual factors listed in *Dunsmuir* point towards correctness as the appropriate standard.

[74] Turning to the present case, we agree with the Canadian Human Rights Commission (“Commission”) that the jurisprudence is unclear as to which standard applies to the review of the particular question before us. This was the conclusion reached by the unanimous Federal Court of Appeal panel; after undertaking a careful review of the relevant case law, Gleason J.A. observed the difficulty in “draw[ing] a bright line as to when the reasonableness or the correctness standard will apply to decisions of human rights tribunals interpreting the scope of the protections afforded in their constituent legislation” (para. 69). And while this Court in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (“*Mowat*”), applied a reasonableness standard when reviewing a decision of the Tribunal finding that it had the statutory authority to order costs in favour of a successful complainant, it nevertheless recognized that the *Dunsmuir* framework may direct that certain decisions of the Tribunal be reviewed for correctness (para. 23).

[75] The parties frame the issue in the present case around the Tribunal's interpretation of s. 5 of the *CHRA*, and neither disputes that this is a question to which the presumption of reasonableness applies. The respondent, the Attorney General of Canada, submits that this presumption is not rebutted on either a categorical or a contextual basis. By contrast,

selon la norme de la décision correcte : les questions constitutionnelles, les questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique et qui sont étrangères au domaine d'expertise du tribunal, les questions impliquant la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents, ainsi que les questions touchant véritablement à la juridiction. Deuxièmement, la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable sera réfutée si les facteurs contextuels énumérés dans l'arrêt *Dunsmuir* tendent plutôt vers la norme de la décision correcte.

[74] En l'espèce, nous convenons avec la Commission canadienne des droits de la personne (« Commission ») que la jurisprudence n'est pas claire quant à la norme applicable à la question particulière dont nous sommes saisis. C'est la conclusion unanime à laquelle en sont arrivés les juges de la Cour d'appel fédérale; suite à un examen attentif de la jurisprudence pertinente, la juge Gleason a fait remarquer la difficulté à « tracer une ligne de démonstration nette entre les décisions assujetties à la norme de contrôle de la décision raisonnable et celles qui appellent la norme de la décision correcte lorsque les tribunaux des droits de la personne sont appelés à interpréter la portée des garanties prévues par leurs lois constitutives » (par. 69). De plus, bien que dans l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (« *Mowat* »), la Cour ait appliqué la norme de la décision raisonnable au contrôle d'une décision du Tribunal où celui-ci avait conclu qu'il avait le pouvoir statuaire d'adjuger des dépens en faveur de la plaignante après que celle-ci eut obtenu gain de cause, elle a néanmoins reconnu que le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Dunsmuir* peut exiger que certaines décisions du Tribunal soient examinées selon la norme de la décision correcte (par. 23).

[75] Selon les parties, la question en litige repose principalement sur l'interprétation de l'art. 5 de la *LCDP*, par le Tribunal, et nul ne conteste qu'il s'agit d'une question à l'égard de laquelle la présomption de la norme de la décision raisonnable s'applique. L'intimé, le procureur général du Canada, prétend que cette présomption n'est pas réfutée, que ce soit

the appellant, Commission, submits that a contextual analysis leads to the conclusion that the standard of correctness ought to apply in these circumstances.

[76] Since the interpretation of s. 5 of the *CHRA* is at issue in this case, we agree that reasonableness *presumptively* applies. Gascon J. is of the view that the issue before us does not fall within any of the recognized categories that attract correctness review — but has much more to say in this regard. Without it having been raised as an issue before this Court, he goes to great lengths to point out the perceived difficulties associated with the category of jurisdictional questions, and expresses significant doubt as to whether this category even remains an analytically useful component of the standard of review analysis (paras. 31-41).

[77] We would strongly distance ourselves from these *obiter* comments. Recognizing that the concept of jurisdiction has and continues to play a crucial role in administrative law, this Court has made clear on several occasions that administrative decision makers *must* be correct in their determinations as to the scope of their delegated authority (*Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, at pp. 236-37; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485, at para. 5; *Dunsmuir*, at para. 29). This is because jurisdictional questions are fundamentally tied to both the maintenance of legislative supremacy, which requires that a given statutory body operate within the sphere in which the legislature intended that it operate, as well as the rule of law, which requires that all exercises of delegated authority find their source in law (*Dunsmuir*, at para. 28). Nothing in our reasons should be read as undermining these longstanding principles of judicial review. We agree with our colleague Gascon J., however, that any uncertainty surrounding the jurisdictional question category ought to be resolved another day, when this issue is squarely raised by the parties.

sur le fondement d'une catégorie de questions, ou sur le fondement de facteurs contextuels. L'appelante, la Commission, plaide plutôt qu'une analyse contextuelle mène à la conclusion que la norme de la décision correcte devrait s'appliquer en l'espèce.

[76] Puisque l'interprétation de l'art. 5 de la *LCDP* est en cause dans la présente affaire, nous sommes d'accord que l'application de la norme de la décision raisonnable *doit être présumée*. Le juge Gascon est d'avis que la question dont nous sommes saisis ne fait partie d'aucune des catégories reconnues qui emportent l'assujettissement à la norme de la décision correcte — mais il en dit beaucoup plus à cet égard. Sans que cette question ait été soulevée devant la Cour, il va même jusqu'à souligner les difficultés que pose selon lui la catégorie des questions touchant la juridiction et il dit avoir de sérieuses réserves quant à l'utilité même de cette catégorie dans l'analyse relative à la norme de contrôle applicable (par. 31-41).

[77] Nous nous dissocions fermement de ces commentaires faits en *obiter*. Reconnaissant que la notion de juridiction a joué, et joue encore, un rôle essentiel en droit administratif, notre Cour a clairement indiqué à plusieurs reprises que les décideurs administratifs *doivent* déterminer correctement la portée du pouvoir qui leur a été délégué (*Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, p. 236-237; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485, par. 5; *Dunsmuir*, par. 29). Il en est ainsi parce que les questions de juridiction sont fondamentalement liées tant au maintien de la suprématie législative — qui exige qu'un organisme statutaire donné agisse dans les limites que le législateur a prévues — qu'au respect de la primauté du droit — qui veut que tout exercice de l'autorité déléguée procède de la loi (*Dunsmuir*, par. 28). Rien dans nos motifs ne doit être interprété comme une menace à ces principes bien établis de contrôle judiciaire. Toutefois, nous convenons avec notre collègue le juge Gascon que toute incertitude qui entoure la catégorie de questions touchant la juridiction devra être réglée à une autre occasion, lorsque les parties soulèveront directement cette question.

[78] We also disagree with the proposition that the contextual approach plays merely a subordinate role in the standard of review analysis (reasons of Gascon J., at para. 45). On our reading of the applicable case law, resort to the contextual approach is not exceptional at all; the framework set out by this Court in *Dunsmuir* is manifestly contextual in nature. The “correctness categories”, as they have become known, are simply instances where the jurisprudence has already settled the appropriate standard, such that a more extensive analysis of the relevant contextual factors needs not be performed (*Dunsmuir*, at paras. 57-61; Hon. M. Bastarache, *Dunsmuir 10 Years Later* (March 9, 2018) (online)). In this regard, we can only repeat what this Court said regarding the determination of the appropriate standard of review 10 years ago in *Dunsmuir*:

In summary, the process of judicial review involves two steps. First, courts ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review.

The existing approach to determining the appropriate standard of review has commonly been referred to as “pragmatic and functional”. That name is unimportant. Reviewing courts must not get fixated on the label at the expense of a proper understanding of what the inquiry actually entails. Because the phrase “pragmatic and functional approach” may have misguided courts in the past, we prefer to refer simply to the “standard of review analysis” in the future.

The analysis must be contextual. As mentioned above, it is dependent on the application of a number of relevant factors, including: (1) the presence or absence of a privative clause; (2) the purpose of the tribunal as determined by interpretation of enabling legislation; (3) the nature of the question at issue, and; (4) the expertise of the tribunal. In many cases, it will not be necessary to consider all of the factors, as some of them may be determinative in the application of the reasonableness standard in a specific case. [Emphasis added; paras. 62-64.]

[78] Nous sommes également en désaccord avec la proposition selon laquelle l’approche contextuelle ne joue qu’un rôle subordonné dans l’analyse relative à la norme de contrôle (motifs du juge Gascon, par. 45). Selon notre interprétation de la jurisprudence applicable, le recours à l’analyse contextuelle n’a absolument rien d’exceptionnel; le cadre d’analyse établi par notre Cour dans *Dunsmuir* est manifestement de nature contextuelle. Les « catégories de questions auxquelles s’applique la norme de la décision correcte », comme on en est venu à les qualifier, sont simplement des situations où la jurisprudence a déjà établi la norme applicable, si bien qu’une analyse plus poussée des facteurs contextuels pertinents n’est plus nécessaire (*Dunsmuir*, par. 57-61; l’hon. M. Bastarache, *Dunsmuir 10 Years Later* (9 mars 2018) (en ligne)). À cet égard, il suffit de répéter ce qu’a affirmé notre Cour il y a 10 ans dans *Dunsmuir* quant à la détermination de la norme de contrôle applicable :

Bref, le processus de contrôle judiciaire se déroule en deux étapes. Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l’analyse des éléments qui permettent d’arrêter la bonne norme de contrôle.

L’analyse qui préside actuellement à la détermination de la norme de contrôle applicable est généralement qualifiée de « pragmatique et fonctionnelle ». Cette appellation importe peu, et la cour de révision ne doit pas s’y attacher au détriment de ce qu’exige réellement la démarche. Il se peut qu’elle ait induit les cours de justice en erreur dans le passé. C’est pourquoi, à l’avenir, nous parlerons simplement d’« analyse relative à la norme de contrôle ».

L’analyse doit être contextuelle. Nous rappelons que son issue dépend de l’application d’un certain nombre de facteurs pertinents, dont (1) l’existence ou l’inexistence d’une clause privative, (2) la raison d’être du tribunal administratif suivant l’interprétation de sa loi habilitante, (3) la nature de la question en cause et (4) l’expertise du tribunal administratif. Dans bien des cas, il n’est pas nécessaire de tenir compte de tous les facteurs, car certains d’entre eux peuvent, dans une affaire donnée, déterminer l’application de la norme de la décision raisonnable. [Nous soulignons; par. 62-64.]

[79] With this in mind, we simply cannot agree with the suggestion that the contextual analysis “should be applied sparingly”, or that “[t]he presumption of reasonableness review and the identified categories will generally be sufficient to determine the applicable standard” (reasons of Gascon J., at para. 46). *Dunsmuir* provides that such an analysis *must* be undertaken where the categories identified in the jurisprudence do not apply. And we observe that a number of post-*Dunsmuir* decisions from this Court have done just that: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Barreau du Québec v. Quebec (Attorney General)*, 2017 SCC 56, [2017] 2 S.C.R. 488. The importance of context within the *Dunsmuir* framework should not be downplayed.

[80] For this reason, we dispute Gascon J.’s qualification of our standard of review analysis as being “unsupported by, and at points contrary to, this Court’s jurisprudence” (para. 49).

[81] Returning to the present case, and without deciding whether or not this question falls within any category of questions calling for correctness review, the relevant contextual factors listed in *Dunsmuir* lead us to conclude that the presumption has been rebutted in this case, and that the appropriate standard of review is therefore correctness. In this respect, we would also note that correctness review for questions that involve the scope of human rights protections under the *CHRA* — on the basis of either categories or context — is not at all unprecedented (see, for example, *Mowat*, at para. 23; *Canada (Attorney General) v. Watkin*, 2008 FCA 170, 378 N.R. 268, at para. 23; *Canada (Attorney General) v. Johnstone*, 2014 FCA 110, [2015] 2 F.C.R. 595, at paras. 44-52;

[79] À la lumière de ces considérations, nous ne pouvons souscrire à la proposition selon laquelle l’approche contextuelle « devrait être appliquée avec parcimonie » ou que « [l]a présomption d’application de la norme de la décision raisonnable et les catégories déjà énumérées suffiront généralement pour déterminer la norme de contrôle applicable » (motifs du juge Gascon, par. 46). Suivant l’arrêt *Dunsmuir*, une telle analyse *doit* être entreprise lorsque les catégories identifiées dans la jurisprudence ne s’appliquent pas. Et nous observons que c’est précisément ce qu’a fait notre Cour dans de nombreux arrêts postérieurs à *Dunsmuir* : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488. On ne doit pas minimiser l’importance du contexte dans le cadre d’analyse énoncé dans l’arrêt *Dunsmuir*.

[80] C’est pourquoi nous contestons la qualification que fait le juge Gascon de notre analyse relative à la norme de contrôle, selon laquelle celle-ci « ne trouve pas appui dans la jurisprudence de la Cour et, à certains égards, [. . .] est même contraire à celle-ci » (par. 49).

[81] Revenant à la présente affaire, et sans décider si cette question appartient à l’une ou l’autre des catégories qui appellent l’application de la norme de la décision correcte, nous concluons, en fonction des facteurs contextuels pertinents énumérés dans *Dunsmuir*, que la présomption a été réfutée en l’espèce, et que la norme qu’il convient d’appliquer est donc celle de la décision correcte. À cet égard, notons également que l’application de la norme de la décision correcte aux questions touchant la portée des protections en matière de droits de la personne sous le régime de la *LCDP* — sur le fondement des catégories ou du contexte — n’est pas du tout une situation inédite (voir, par exemple, *Mowat*, par. 23; *Canada (Procureur général) c. Watkin*, 2008 CAF

Canadian National Railway v. Seeley, 2014 FCA 111, 458 N.R. 349, at paras. 35-36).

(1) Absence of a Privative Clause

[82] First is the absence of a privative clause. This Court in *Dunsmuir* noted that the existence of “a privative clause is evidence of Parliament or a legislature’s intent that an administrative decision maker be given greater deference and that interference by reviewing courts be minimized” (para. 52). Put differently, while these statutory provisions do not oust the superior courts’ inherent and constitutional authority to judicially review administrative action, they nevertheless provide a strong indication that deference is to be shown to that particular decision maker.

[83] Although the *CHRA* confers onto the Tribunal the power to “decide all questions of law or fact necessary to determining the matter” before it (s. 50(2)), Parliament opted not to shield these decisions from exacting review behind a privative clause. We appreciate that the absence of a privative clause does not, on its own, rebut the presumption of deference, though we would nevertheless note that it does not support reasonableness review either.

(2) Expertise of the Tribunal: Section 5 of the CHRA Is Not Interpreted Exclusively Within a Discrete and Special Administrative Regime

[84] The second factor militating in favour of correctness review is the desirability of a uniform interpretation of the term “services” as it appears in s. 5 of the *CHRA* across federal statutory bodies. On several occasions, this Court has affirmed that human rights protections must be interpreted consistently across jurisdictions, unless the legislative intent clearly indicates otherwise (*University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, at p. 373; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571, at para. 47; *New Brunswick (Human Rights*

170, 378 N.R. 268, par. 23; *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, 2014 CAF 110, [2015] 2 R.C.F. 595, par. 44-52; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Seeley*, 2014 CAF 111, par. 35-36 (CanLII)).

(1) Absence de clause privative

[82] Le premier facteur à considérer est l’absence de clause privative. Dans l’arrêt *Dunsmuir*, la Cour a souligné que l’existence d’une clause privative « atteste la volonté du législateur que les décisions du décideur administratif fassent l’objet de plus de déférence et que le contrôle judiciaire soit minimal » (par. 52). Autrement dit, bien que ces dispositions statutaires n’écarterent pas le pouvoir inhérent et constitutionnel des cours supérieures de procéder au contrôle judiciaire de décisions administratives, elles donnent fortement à penser qu’il faut faire preuve de déférence envers le décideur concerné.

[83] Bien que la *LCDP* confère au Tribunal le pouvoir de « tranche[r] les questions de droit et les questions de fait dont il est saisi » (par. 50(2)), le législateur a décidé de ne pas soustraire ces décisions à un contrôle rigoureux au moyen d’une clause privative. Nous reconnaissons que l’absence d’une telle clause n’a pas pour effet, à elle seule, de réfuter la présomption de déférence, mais nous notons par ailleurs qu’elle n’appuie pas non plus un contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

(2) L’expertise du Tribunal : l’art. 5 de la LCDP n’est pas interprété exclusivement dans le cadre d’un régime administratif distinct et particulier

[84] Un deuxième facteur milite en faveur de la norme de la décision correcte : il serait souhaitable que tous les organismes fédéraux statutaires adoptent une interprétation uniforme du terme « services » tel qu’il apparaît à l’art. 5 de la *LCDP*. À plusieurs reprises, la Cour a affirmé que les protections en matière de droits de la personne doivent être interprétées uniformément dans les divers ressorts, sauf intention contraire manifeste du législateur (*Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, p. 373; *Gould c. Yukon Order*

Commission) v. *Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 SCC 45, [2008] 2 S.C.R. 604, at para. 68, per McLachlin C.J., concurring in part). In our view, it is even more imperative that provisions within a given human rights statute be interpreted consistently among courts and tribunals tasked with its application. The rule of law is undermined where the same anti-discrimination protection is interpreted and applied a certain way by one administrative decision maker, and altogether differently by another.

[85] The Tribunal is not the only administrative decision maker at the federal level that is tasked with enforcing the anti-discrimination protections of the *CHRA*. This Court has found that administrative decision makers other than human rights tribunals may also have the authority to interpret and apply human rights legislation in connection with matters properly before them (*Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513; see, for example, *Canada Employment Insurance Commission v. M. W.*, 2014 SSTAD 371, at paras. 51-69 (CanLII)). We are therefore of the view that the particular question at issue — whether legislation can be challenged as discrimination in the provision of a service — does not arise within a particularly discrete administrative regime over which the Tribunal has exclusive jurisdiction (*Dunsmuir*, at para. 55; *Rogers Communications*, at para. 18; *Johnstone*, at paras. 47-48). Various other decision makers — including the Commission, the Social Security Tribunal, and labour arbitrators — have been and will continue to be asked that very same question. To borrow the words of Slatter J.A. in *Garneau Community League v. Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374, 60 Alta. L.R. (6th) 1, at para. 95:

... it cannot be the legislative intent that public statutes mean different things in different parts of the [country]. In a related but analogous context, the Supreme Court

of Pioneers, [1996] 1 R.C.S. 571, par. 47; *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604, par. 68, la juge en chef McLachlin, dans ses motifs concordants en partie). À notre sens, il est encore plus impératif que les tribunaux judiciaires et administratifs chargés de l'application d'une loi donnée sur les droits de la personne interprètent uniformément ses dispositions. La primauté du droit se trouve ébranlée lorsque la même protection contre la discrimination est interprétée et appliquée d'une certaine manière par un décideur administratif, et d'une manière complètement différente par un autre décideur.

[85] Le Tribunal n'est pas le seul décideur administratif à l'échelle fédérale qui est chargé d'assurer le respect des protections contre la discrimination prévues par la *LCDP*. Notre Cour a conclu que les décideurs administratifs autres que les tribunaux des droits de la personne peuvent aussi disposer du pouvoir d'interpréter et d'appliquer les lois sur les droits de la personne relativement aux affaires dont ils sont dûment saisis (*Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513; voir, par exemple, *Commission de l'assurance-emploi du Canada c. M. W.*, 2014 TSSDA 371, par. 51-69 (CanLII)). Par conséquent, nous sommes d'avis que la question particulière en litige — à savoir si une loi peut être contestée au motif qu'elle constitue un acte discriminatoire dans la prestation d'un service — ne se pose pas dans le cadre d'un régime administratif particulièrement distinct à l'égard duquel le Tribunal a juridiction exclusive (*Dunsmuir*, par. 55; *Rogers Communications*, par. 18; *Johnstone*, par. 47-48). Divers autres décideurs, y compris la Commission, le Tribunal de la sécurité sociale et les arbitres en droit du travail, ont examiné et continueront d'examiner cette même question. Pour reprendre les termes utilisés par le juge Slatter dans *Garneau Community League c. Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374, 60 Alta. L.R. (6th) 1, par. 95 :

[TRADUCTION] ... le législateur n'a certainement pas voulu que des lois publiques prennent un sens différent dans différentes parties du [pays]. Dans un contexte connexe mais

accepted in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33 (S.C.C.) at paras. 9-10, [2002] 2 S.C.R. 235 (S.C.C.) that appellate courts perform legitimate law-settling and law-making roles. It is part of the legitimate role of appellate courts to ensure that the same legal rules are applied in similar situations. For that same reason, the standard of review of correctness should be applied when many tribunals have to interpret the same statute.

[86] The principal concern regarding this concurrent jurisdiction is therefore that these decision makers will arrive at competing conclusions as to the scope of the very same human rights protection — or, to put it more generally, that the answer to a given legal question will depend on the decision maker considering it. This concern is fundamentally tied to the rule of law. And in our view, it matters not that jurisdiction is shared between a statutory body and a court, or instead among several statutory bodies; the fact that an administrative decision may have ramifications beyond a single, discrete tribunal underscores this rule of law concern, and supports review of that decision on a standard of correctness.

[87] This rule of law concern is more than just theoretical. As was highlighted in both *Andrews* and in *Matson*, there exists diverging lines of authority as to whether the human rights protection in s. 5 of the *CHRA* permits challenges aimed at legislation and nothing else. In *Druken*, both the Tribunal and the Federal Court of Appeal accepted that unemployment insurance, which was available pursuant to the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, and its regulations, was a “service” for the purpose of s. 5 of the *CHRA* (*Druken v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, 1987 CanLII 99; *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24). This reasoning was followed by the Federal Court in *Gonzalez v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1997] 3 F.C. 646 (T.D.), and by the Tribunal in *McAllister-Windsor v. Canada (Human Resources Development)*, 2001 CanLII 20691. By contrast, other decision makers interpreting that very same

non identique, la Cour suprême a reconnu, dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33 (C.S.C.), par. 9-10, [2002] 2 R.C.S. 235 (C.S.C.), que les cours d’appel exercent un rôle légitime dans la création du droit. Dans le cadre de ce rôle légitime qu’exercent les cours d’appel, celles-ci veillent à ce que les mêmes règles de droit soient appliquées dans des situations similaires. Pour cette même raison, la norme de contrôle de la décision correcte doit être appliquée lorsque plusieurs tribunaux administratifs sont appelés à interpréter la même loi.

[86] La principale préoccupation concernant cette juridiction concurrente est donc que ces décideurs parviendront à des conclusions divergentes quant à la portée d’une seule et même protection en matière de droits de la personne ou, plus généralement, que la réponse à une question de droit donnée dépendra du décideur qui l’étudie. Cette préoccupation est fondamentalement liée à la primauté du droit. Et, à notre avis, il importe peu que la juridiction soit partagée entre un organisme statutaire et une cour de justice ou entre plusieurs organismes de ce genre; la possibilité qu’une décision administrative ait des répercussions qui vont au-delà d’un seul tribunal distinct fait ressortir cette préoccupation relative à la primauté du droit et justifie le contrôle de cette décision selon la norme de la décision correcte.

[87] Cette préoccupation relative à la primauté du droit n’est pas simplement théorique. Comme il a été souligné dans les décisions *Andrews* et *Matson*, il existe deux courants jurisprudentiels opposés quant à savoir si la protection offerte par l’art. 5 de la *LCDP* permet des contestations visant une loi et rien d’autre. Dans *Druken*, le Tribunal et la Cour d’appel fédérale ont tous deux reconnu que l’assurance-emploi, qui était offerte sous le régime de la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage*, L.C. 1970-71-72, c. 48, et son règlement, était un « service » aux fins de l’art. 5 de la *LCDP* (*Druken c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, 1987 CanLII 99; *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24). Ce raisonnement a été suivi par la Cour fédérale dans *Gonzalez c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1997] 3 C.F. 646 (1^{re} inst.), et par le Tribunal dans *McAllister-Windsor c. Canada (Développement des ressources humaines)*, 2001 CanLII 20691. En

provision of the *CHRA* reached the opposite conclusion. For example, the Federal Court of Appeal in *Public Service Alliance of Canada v. Canada Revenue Agency*, 2012 FCA 7, 428 N.R. 240 (“*Murphy*”), held that “the *CHRA* does not provide for the filing of a complaint directed against an act of Parliament” (para. 6). This echoed the holding of the Tribunal in *Forward v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 CHRT 5, and of the Federal Court in *Canada (Human Rights Commission) v. M.N.R.*, 2003 FC 1280, [2004] 1 F.C.R. 679, at para. 30, as well as the comments made by Robertson J.A. of the Federal Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. McKenna*, [1999] 1 F.C. 401, at paras. 78-80.

[88] Can both of these ostensibly reasonable interpretations of the same human rights protection co-exist side-by-side? Should the scope of s. 5 of the *CHRA* be contingent on the view of the Tribunal member or judge before whom the litigants find themselves? We would say no. Given the foregoing, and bearing in mind the quasi-constitutional status of human rights legislation, the question arising in the present case is precisely one that calls for uniform and consistent answers across Canadian courts and statutory bodies. This cannot be achieved, however, if superior courts require only that these decisions fall within a range of reasonable outcomes. Rather, applying a non-deferential correctness standard allows the courts to provide meaningful guidance as to the scope of these fundamentally important human rights protections, and ensure respect for the rule of law in such cases.

(3) The Purpose of the Tribunal and the Nature of the Question at Issue

[89] Finally, the issue before this Court touches on the very purpose for which the Tribunal exists. In deciding whether or not challenges to legislation are caught within the meaning of a “discriminatory practice” under the *CHRA*, the Tribunal’s decision

revanche, d’autres décideurs ayant interprété cette même disposition de la *LCDP* sont parvenus à la conclusion contraire. Par exemple, dans *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu)*, 2012 CAF 7 («*Murphy*»), la Cour d’appel fédérale a conclu que « la *LCDP* ne prévoit pas la possibilité de déposer de plaintes contre une loi fédérale » (par. 6). Cette conclusion n’est pas sans rappeler celle du Tribunal dans *Forward c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 TCDP 5, et celle de la Cour fédérale dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. M.R.N.*, 2003 CF 1280, [2004] 1 R.C.F. 679, par. 30, ainsi que les commentaires du juge Robertson de la Cour d’appel fédérale dans *Canada (Procureur général) c. McKenna*, [1999] 1 C.F. 401, par. 78-80.

[88] Ces deux interprétations apparemment raisonnables de la même protection en matière de droits de la personne peuvent-elles coexister? La portée de l’art. 5 de la *LCDP* devrait-elle être tributaire de l’opinion du membre du Tribunal ou du juge devant lequel se trouvent les parties au litige? À notre avis, il faut répondre à ces questions par la négative. Étant donné ce qui précède, et le statut quasi constitutionnel des lois en matière de droits de la personne, la question qui se pose en l’espèce en est précisément une qui exige une réponse uniforme et cohérente de la part des tribunaux et des organismes statutaires canadiens. Toutefois, cet objectif est impossible à atteindre si les cours supérieures exigent seulement que ces décisions appartiennent aux issues raisonnables. Plutôt, l’application de la norme de la décision correcte, qui commande peu de déférence, permet aux cours de fournir des directives utiles quant à la portée de ces protections fondamentalement importantes en matière de droits de la personne et d’assurer le respect de la primauté du droit en pareils cas.

(3) L’objet du Tribunal et la nature de la question en litige

[89] Enfin, la question soumise à la Cour concerne l’objet même de l’existence du Tribunal. En décidant si les contestations d’un texte de loi sont visées par la définition d’« acte discriminatoire » de la *LCDP*, le Tribunal répond à une question de droit qui comporte

responds to a question of law with a constitutional dimension: Who gets to decide what types of challenges can be brought against legislative action? The Commission argued that a determination that legislative challenges are not caught within the scope of s. 5 undermines the primacy of human rights law by barring claimants from bringing certain types of challenges before the Tribunal. While this appeal is not constitutional in the narrow sense — in that it does not directly engage rights protected under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, for example — it necessarily implicates the rule of law and the duty of superior courts under s. 96 of the *Constitution Act, 1867* to uphold this fundamental constitutional principle (*Dunsmuir*, at paras. 29 and 31). No deference is owed to the decision of an administrative decision maker in these circumstances.

(4) Conclusion

[90] We accept that the analysis in the present case begins with the presumption of reasonableness, but it cannot be disputed that this presumption is rebuttable through a contextual analysis. We also agree with our colleague Gascon J. that the omission of a privative clause “does not rebut the presumption of deference” (para. 50). Indeed, this Court has recognized that “their presence or absence is no longer determinative about whether deference is owed to the tribunal or not” (*Mowat*, at para. 17). Furthermore, there is no dispute that the potential for conflicting lines of authority does not, *on its own*, warrant a less deferential standard of review (reasons of Gascon J., at para. 52). In our view, however, they are each indicia that point toward correctness. While neither factor may *independently* call for correctness, we repeat that “[t]he analysis must be contextual” (*Dunsmuir*, at para. 64). And when this Court stated that “[i]n many cases, it will not be necessary to consider all of the factors, as some of them may be determinative in the application of the reasonableness standard in a specific case” (*Dunsmuir*, at para. 64), it did so, recognizing that, in other cases, the whole context would be determinative. This is such a case. For this reason, a contextual analysis leads us to the conclusion that the presumption is rebutted in this case, and

une dimension constitutionnelle : qui peut décider du type de contestations pouvant être présentées à l’encontre d’une mesure législative? D’après la Commission, décider que les contestations d’un texte de loi ne sont pas visées à l’art. 5 mine la primauté des lois en matière de droits de la personne en empêchant les demandeurs de soumettre certains types de contestations au Tribunal. Bien que le présent pourvoi n’en soit pas un constitutionnel au sens strict (c’est-à-dire qu’il ne met pas directement en cause des droits protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*, par exemple), il fait nécessairement intervenir la primauté du droit et l’obligation des cours supérieures au sens de l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* d’assurer le respect de ce principe constitutionnel fondamental (*Dunsmuir*, par. 29 et 31). Dans ces circonstances, il n’y a pas lieu de faire preuve de déférence à l’égard de la décision d’un décideur administratif.

(4) Conclusion

[90] Nous reconnaissons que l’analyse en l’espèce commence par la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable, mais il est incontestable que cette présomption peut être réfutée au moyen d’une analyse contextuelle. Nous convenons aussi avec notre collègue le juge Gascon que l’absence d’une clause privative « ne repousse pas la présomption de déférence » (par. 50). En effet, notre Cour a reconnu que « [sa] présence ou [son] absence ne sont plus déterminantes quant à savoir si la déférence s’impose ou non à l’endroit du tribunal administratif » (*Mowat*, par. 17). D’ailleurs, nul ne conteste que l’éventualité de courants jurisprudentiels contradictoires ne justifie pas, *à elle seule*, l’application d’une norme de contrôle moins déférente (motifs du juge Gascon, par. 52). Toutefois, à notre avis, ce sont tous des indices qui militent en faveur de la norme de la décision correcte. Bien qu’aucun de ces facteurs ne puisse *à lui seul* commander l’application de la norme de la décision correcte, nous réitérons que « [l]’analyse doit être contextuelle » (*Dunsmuir*, par. 64). Et lorsque notre Cour a affirmé que « [d]ans bien des cas, il n’est pas nécessaire de tenir compte de tous les facteurs, car certains d’entre eux peuvent, dans une affaire donnée, déterminer l’application de la norme de la décision raisonnable »

that the impugned decision ought to be reviewed for correctness.

B. Does Section 5 of the CHRA Permit Bare Challenges to Legislation?

[91] Any complainant making a claim of discrimination before the Tribunal must ensure that his or her claim falls within the scope of the *CHRA*. Section 40 of the *CHRA* permits individuals and groups to bring complaints that allege “discriminatory practices”. Under s. 39, a “discriminatory practice” is defined to include all the human rights prohibitions listed in ss. 5 to 14.1 of the *CHRA*.

[92] This case is about the scope of s. 5 of the *CHRA*, which reads as follows:

5 It is a discriminatory practice in the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public

(a) to deny, or to deny access to, any such good, service, facility or accommodation to any individual, or

(b) to differentiate adversely in relation to any individual,

on a prohibited ground of discrimination.

[93] Do the present complaints allege a discriminatory practice in the provision of a service customarily available to the general public? Before the Tribunal, the complainants sought to challenge the registration provisions of the *Indian Act* as making discriminatory distinctions on the basis of race, national or ethnic origin, sex and family status (*Matson*, at para. 2 (CanLII); *Andrews*, at para. 11 (CanLII)). They did not challenge the actions of the Registrar in processing their applications. At their core, these complaints are about Parliament’s decision not to extend

(*Dunsmuir*, par. 64), elle fit ainsi en reconnaissant que, dans d’autres affaires, le contexte dans son ensemble serait déterminant. C’est le cas en l’espèce. Pour ce motif, une analyse contextuelle nous mène à la conclusion que la présomption est réfutée en l’espèce, et que la décision contestée doit être examinée selon la norme de la décision correcte.

B. L’article 5 de la LCDP permet-il l’instruction de plaintes qui constituent une simple contestation d’une loi?

[91] Le plaignant qui dépose une plainte de discrimination devant le Tribunal doit s’assurer que celle-ci relève du champ d’application de la *LCDP*. L’article 40 de cette loi permet aux individus et aux groupes de déposer une plainte à l’égard d’un « acte discriminatoire ». Selon l’art. 39, l’« acte discriminatoire » englobe toutes les interdictions énumérées aux art. 5 à 14.1 de la *LCDP*.

[92] Il est question en l’espèce de la portée de l’art. 5 de la *LCDP*, dont le libellé est le suivant :

5 Constitue un acte discriminatoire, s’il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, pour le fournisseur de biens, de services, d’installations ou de moyens d’hébergement destinés au public :

a) d’en priver un individu;

b) de le défavoriser à l’occasion de leur fourniture.

[93] Les plaintes en l’espèce allèguent-elles un acte discriminatoire dans la prestation d’un service destiné au public? Devant le Tribunal, les plaignants cherchaient à contester les dispositions en matière d’inscription de la *Loi sur les Indiens* au motif qu’elles créaient des distinctions illicites du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur sexe et de leur situation de famille (*Matson*, par. 2 (CanLII); *Andrews*, par. 11 (CanLII)). Ils n’ont pas contesté les actes du Registraire dans le cadre du traitement de leurs demandes. Pour l’essentiel,

“Indian” status to persons in similar circumstances. This was properly characterized by the Tribunal as a bare challenge to legislation.

[94] The remedy resulting from a successful challenge on this basis would be to render the impugned provisions inoperable. However, granting this remedy — or indeed, any other remedy — is contingent upon the Tribunal being validly seized of the matter in the first place. The Federal Court of Appeal correctly noted that one must not conflate the scope of s. 5 with the extent of the Tribunal’s remedial authority (C.A. reasons, at para. 99). Moreover, the notion that human rights statutes take primacy where they are inconsistent with another statute does not inform this Court’s interpretation of the scope of s. 5. The meaning of this provision must be determined on its own as a matter of statutory interpretation.

[95] What, then, is encompassed in s. 5? The wording of this section focuses on the *provision* of services. The French version of the *CHRA* says that it is a discriminatory practice for the *service provider* (“*le fournisseur . . . de services*”) to deny or differentiate adversely in relation to an individual. The use of this language suggests that s. 5 is geared towards discrimination perpetrated by service providers.

[96] In our view, Parliament is not a service provider, and was not providing a service when it enacted the registration provisions of the *Indian Act*. Moreover, law-making is unlike any of the other terms listed in s. 5; it does not resemble a good, facility or accommodation (see *Forward*, at para. 42 (CanLII)). As observed by the Tribunal in *Andrews*, the legislative process is unique:

Law-making is one of Parliament’s most fundamental and significant functions and *sui generis* in its nature. This is confirmed by the powers, privileges and immunities that Parliament and the Legislatures possess to ensure their

ces plaintes portent sur la décision du Parlement de rendre inaccessible le statut d’« Indien » aux personnes dans des circonstances semblables. Le Tribunal a correctement qualifié ces plaintes de simple contestation d’une loi.

[94] La réparation découlant d’une contestation tranchée en faveur des plaignants sur ce fondement consisterait à déclarer les dispositions contestées inopérantes. Or, le Tribunal doit d’abord être valablement saisi de l’affaire avant que cette réparation — ou toute autre réparation — puisse être octroyée. La Cour d’appel fédérale a indiqué à juste titre qu’il ne faut pas confondre la portée de l’art. 5 et celle du pouvoir du Tribunal d’accorder des réparations (motifs de la C.A., par. 99). De plus, la primauté des lois sur les droits de la personne en cas d’incompatibilité avec d’autres lois ne guide pas l’interprétation que la Cour doit donner quant à la portée de l’art. 5. Le sens de cette disposition doit être établi de façon indépendante selon les principes d’interprétation législative.

[95] Quelle est donc la portée de l’art. 5? En anglais, le libellé de cette disposition met l’accent sur la *prestation* de services (« *the provision of services* »). La version française de la *LCDP* indique que *le fournisseur de [. . .] services* commet un acte discriminatoire s’il prive un individu de services ou s’il le défavorise à l’occasion de leur fourniture. Ce libellé donne à penser que l’art. 5 est axé sur la discrimination exercée par un fournisseur de services.

[96] À notre avis, le législateur n’est pas un fournisseur de services, et il ne fournissait pas un service lorsqu’il a adopté les dispositions en matière d’inscription de la *Loi sur les Indiens*. En outre, le processus législatif se distingue des autres termes énumérés à l’art. 5; il ne s’apparente ni à un bien, ni à une installation, ni à un moyen d’hébergement (voir *Forward*, par. 42 (CanLII)). Comme l’a fait observer le Tribunal dans *Andrews*, le processus législatif est unique :

La législation est l’une des fonctions les plus fondamentales et les plus importantes du Parlement et est de nature *sui generis*. Cela est confirmé par les pouvoirs, les privilèges et les immunités que le Parlement et les

proper functioning, which are rooted in the Constitution, by virtue of the preamble and section 18 of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Victoria, c. 3, [*Constitution Act*] and in statute law, in sections 4 and 5 of the *Parliament of Canada Act*, R.S.C. 1985, c. P-1: *Telezone Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 235 D.L.R. (4th) 719 at paras. 13-17. Indeed, the dignity, integrity and efficient functioning of the Legislature is preserved through parliamentary privilege which, once established, is afforded constitutional status and is immune from review: *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)* (1996), 137 D.L.R. (4th) 142, [1996] 2 S.C.R. 876; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30 at para. 33 [*Vaid*]. To consider the act of legislating along the same lines as that of delivering Householders as in *Pankiw* or to processing a citizenship application as in *Forward* is fundamentally problematic and emblematic of an approach which ignores the special role law-making possesses in our society. In legislating, Parliament is not a service provider and there is no “transitive connotation” to this function. Rather, it is fulfilling a constitutionally mandated role, at the very core of our democracy. As such, while law-making is an activity that could be said to take place “in the context of a public relationship” (*Gould* at para. 16) or “creates a public relationship” (*Gould* at para. 68, cited above) as per the second part of the *Gould* test, to characterize it as a service would ignore this *sui generis* quality. [Text in brackets in original; para. 57.]

[97] Parliament can be distinguished from the administrative decision makers that operate under legislative authority. These individuals and statutory bodies, which include the Registrar, may be “service providers”, or entities that “provi[de] . . . services . . . customarily available to the general public”. If they use their statutory discretion in a manner that effectively denies access to a service or makes an adverse differentiation on the basis of a prohibited ground, s. 5 will be engaged. But, when their job is simply to apply legislated criteria, the challenge is not to the provision of services, but to the legislation itself (*Murphy*, at para. 6).

[98] Furthermore, the relevant jurisprudence suggests that the enactment of legislation is not a service.

législatures possèdent afin de garantir leur fonctionnement adéquat, qui sont fondés dans la Constitution, en vertu du préambule et de l’article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (la *Loi constitutionnelle*) et dans le droit législatif, aux articles 4 et 5 de la *Loi sur le Parlement du Canada*, L.R.C. 1985, ch. P-1 : *Telezone Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 235 D.L.R. (4th) 719, aux paragraphes 13 à 17. En effet, la dignité, l’intégrité et le fonctionnement efficace de la législature est préservé par le privilège du Parlement qui, lorsqu’il est établi, a droit au statut constitutionnel et est à l’abri de tout examen : *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)* (1996), 137 D.L.R. (4th) 142, [1996] 2 R.C.S. 876; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, au paragraphe 33 (*Vaid*). Le fait de mettre l’acte de législation dans la même catégorie que la livraison des bulletins parlementaires, comme dans *Pankiw*, ou le traitement des demandes de citoyenneté, comme dans *Forward*, est fondamentalement problématique et emblématique d’une approche qui ne tient pas compte du rôle spécial que la législation joue dans notre société. En légiférant, le Parlement ne fournit pas un service et il n’y a pas de « connotation transitive » pour cette fonction. En fait, la législation remplit un rôle mandaté par la constitution. Par conséquent, bien que la législation soit une activité qui puisse être considérée comme prenant place « dans le cadre d’une relation publique » (*Gould*, au paragraphe 16) ou comme créant « une relation publique » (*Gould*, au paragraphe 68, précité) au sens du deuxième volet du critère *Gould*, le fait de la qualifier de service ne tiendrait pas compte de sa nature *sui generis*. [par. 57.]

[97] Le Parlement se distingue des décideurs administratifs qui exercent leurs fonctions conformément à une autorisation statutaire. Ces derniers et les organismes statutaires, dont le Registraire, pourraient être considérés comme des « fournisseurs de services » ou des entités qui « fournisse[nt] [. . .] de[s] services [. . .] destinés au public ». S’ils utilisent leur pouvoir discrétionnaire conféré par la loi d’une manière qui prive un individu de ces services ou qui le défavorise sur le fondement d’un motif de distinction illicite, l’art. 5 s’applique. Toutefois, lorsque leur travail consiste simplement à appliquer des critères prévus par la loi, la contestation ne vise pas la prestation de services, mais la loi elle-même (*Murphy*, par. 6).

[98] En outre, la jurisprudence applicable indique que l’adoption d’une loi n’est pas un service. La

This Court has defined a service as (1) something of benefit (2) that is held out or offered to the public (*Gould*; see also *Watkin*, at para. 31). In *Gould*, La Forest J. (concurring) said, at para. 55:

There is a transitive connotation from the language employed by the various provisions; it is not until the service, accommodation, facility, etc., passes from the service provider and has been held out to the public that it attracts the anti-discrimination prohibition.

Again, La Forest J.'s definition in *Gould* focuses on the service provider. When Parliament crafts statutory eligibility criteria, there is no "transitive connotation". Nothing is being held out by Parliament to the public. It is only when the service provider itself discriminates that s. 5 is engaged.

[99] The Federal Court of Appeal took a similar view in *Murphy*. In that case, the Commission argued that income tax assessments by the Canada Revenue Agency pursuant to the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) ("*ITA*"), were "services" within the meaning of the *CHRA*. Finding that the mandatory duty to assess taxes in conformity with the law flowing from the *ITA* was at the heart of the allegation, the Court of Appeal characterized the complaint as a direct attack on the applicable *ITA* provisions. In dismissing the appeal, the Court of Appeal was unequivocal that s. 5 of the *CHRA* "does not provide for the filing of a complaint directed against an act of Parliament" (para. 6).

[100] We also note that the equivalent of s. 5 of the *CHRA* in provincial human rights statutes may be worded in broader terms, and without reference to "the provision of services" or the "service provider". For instance, s. 1 of the Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, states that "[e]very person has a right to equal treatment with respect to services, goods and facilities, without discrimination". Whether challenges to legislation would be permissible under this statute or other provincial human

Cour a défini un service comme (1) quelque chose d'avantageux (2) qui est mis à la disposition du public ou lui est offert (*Gould*; voir également *Watkin*, par. 31). Dans l'arrêt *Gould*, le juge La Forest, dans ses motifs concordants, a affirmé ce qui suit au par. 55 :

La formulation des dispositions a une connotation transitive; ce n'est qu'une fois que le service, le logement, l'installation, etc., passe par le fournisseur et qu'il est mis à la disposition du public qu'il est visé par l'interdiction de la discrimination.

Là encore, la définition qu'énonce le juge La Forest dans l'arrêt *Gould* met l'accent sur le fournisseur de services. Lorsque le législateur élabore des critères d'admissibilité dans une loi, il n'y a aucune « connotation transitive ». Rien n'est mis à la disposition du public par le législateur. Ce n'est que lorsque le fournisseur de services commet lui-même un acte discriminatoire que l'art. 5 s'applique.

[99] La Cour d'appel fédérale a adopté un point de vue semblable dans *Murphy*. Dans cette affaire, la Commission a fait valoir que les cotisations d'impôt sur le revenu établies par l'Agence du revenu du Canada conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), étaient des « services » au sens de la *LCDP*. En concluant que l'obligation impérative d'établir le montant des impôts en conformité avec la *LIR* était au cœur de l'allégation, la Cour d'appel a qualifié la plainte d'attaque directe à l'encontre des dispositions applicables de la *LIR*. Lorsqu'elle a rejeté l'appel, la Cour d'appel a affirmé sans équivoque que l'art. 5 de la *LCDP* « ne prévoit pas la possibilité de déposer de plaintes contre une loi fédérale » (par. 6).

[100] Nous tenons également à souligner que la disposition équivalente à l'art. 5 de la *LCDP* dans les lois provinciales sur les droits de la personne peut être formulée dans des termes plus généraux, et sans nécessairement faire référence à « la prestation de services » ou au « fournisseur de services ». Par exemple, l'article premier du *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H.19, de l'Ontario, indique que « [t]oute personne a droit à un traitement égal en matière de services, de biens ou d'installations,

rights statutes is not before this Court, and should be left for another day.

[101] Two additional contextual arguments were put to the Court by the Commission in support of the proposition that challenges to legislation may be brought under the *CHRA*. First, it is argued that the repeal of s. 67 of the *CHRA* (S.C. 2008, c. 30, s. 1) indicates that direct challenges to legislation were contemplated by Parliament. Section 67 stated that “[n]othing in [the *CHRA*] affects any provision of the *Indian Act* or any provision made under or pursuant to that Act.” The Commission submits that through the repeal of this statutory exception to the primacy of the *CHRA*, Parliament brought the *Indian Act* in its entirety under the ambit of the *CHRA*, including the impugned registration provisions. To go further, the Commission argues that s. 67 was enacted (and subsequently repealed) specifically because of the concern that the registration provisions of the *Indian Act* might be considered discriminatory.

[102] Second, the Commission argues that s. 49(5) of the *CHRA* also indicates that Parliament contemplated direct challenges to legislation. This provision requires a member of the bar of a province or the Chambre des notaires du Québec to form part of the Tribunal panel if the complaint raises the potential inconsistency between the *CHRA* and another legislative enactment.

[103] With respect, neither of these provisions sheds much light on the actual question at issue: Can the act of legislating be qualified as a service such that discriminatory legislation can be challenged directly under s. 5 of the *CHRA*? These arguments conflate the ability of the Tribunal to hear a complaint with the extent of its remedial power. Again, the possibility of inoperability as a remedy provides no guidance to determining the scope of what actually constitutes a discriminatory practice pursuant

sans discrimination ». La question de savoir si la contestation d’un texte de loi serait autorisée sur le fondement de cette loi ou d’autres lois provinciales en matière de droits de la personne n’est pas en cause en l’espèce, et la Cour pourra y répondre à une autre occasion.

[101] La Commission a présenté à la Cour deux autres arguments contextuels pour étayer sa thèse voulant qu’une loi puisse être contestée sur le fondement de la *LCDP*. Premièrement, elle allègue que l’abrogation de l’art. 67 de la *LCDP* (L.C. 2008, c. 30, art. 1) démontre que le législateur avait envisagé la possibilité que les lois fassent l’objet de contestations directes. L’article 67 prévoyait que « [l]a [*LCDP*] est sans effet sur la *Loi sur les Indiens* et sur les dispositions prises en vertu de cette loi. » La Commission soutient qu’en abrogeant cette exception à la primauté de la *LCDP*, le législateur a assujéti la *Loi sur les Indiens*, dans sa totalité, à la *LCDP*, y compris les dispositions contestées qui portent sur l’inscription. Pour appuyer davantage sa position, la Commission fait valoir que l’art. 67 avait été adopté (et subséquemment abrogé) précisément par crainte que les dispositions en matière d’inscription de la *Loi sur les Indiens* soient jugées discriminatoires.

[102] Deuxièmement, la Commission allègue qu’il ressort également du par. 49(5) de la *LCDP* que le législateur a envisagé la possibilité que les lois puissent être contestées directement. Cette disposition exige que la formation du Tribunal soit composée d’un membre du barreau d’une province ou de la Chambre des notaires du Québec si la plainte soulève l’incompatibilité potentielle de la *LCDP* avec une disposition d’un autre texte de loi.

[103] En tout respect, nous estimons qu’aucune de ces dispositions ne nous éclaire sur la question en litige : l’acte de légiférer peut-il être qualifié de service, de sorte qu’une disposition discriminatoire puisse être contestée directement sur le fondement de l’art. 5 de la *LCDP*? Les arguments évoqués précédemment confondent la capacité du Tribunal d’instruire une plainte et la portée de son pouvoir de réparation. Là encore, la possibilité de déclarer une loi inopérante à titre de mesure de réparation ne nous

to s. 5. These two inquiries are distinct and must remain as such.

III. Conclusion

[104] In sum, we agree with the Tribunal and the courts below that bare challenges to legislation cannot be brought under s. 5 of the *CHRA*. The act of legislating is not a service. Accordingly, the Tribunal was correct in dismissing the complaints for want of an underlying discriminatory practice.

[105] Gascon J. suggests that the correctness review we undertake does not differ significantly from the analysis undertaken by the Tribunal at first instance, and on this basis, questions whether this Court is any better situated to interpret the decision maker's home statute (para. 65). With respect, this misses the purpose of the courts' role on judicial review. That the above analysis largely tracks what was said by the Tribunal itself does not undermine our earlier conclusion as to the standard of review. In any instance of correctness review, it is open to the court to find that the tribunal arrived at the correct decision. From this conclusion one cannot draw the inference that the Tribunal is necessarily "better situated" to make decisions than the courts, or that legislative supremacy must always prevail over concerns as to the rule of law.

[106] Superior courts have the constitutional *obligation* to oversee the exercise of administrative decision making (s. 96 of the *Constitution Act, 1867*; *Crevier*, at p. 234; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at para. 21; *Dunsmuir*, at para. 29). The standard of review analysis is what assists courts in determining the degree of deference they ought to afford to the administrative decision maker for the purpose of striking the appropriate balance between the rule of law and the maintenance of legislative

permet pas de déterminer la portée de ce qui constitue un acte discriminatoire aux termes de l'art. 5. Ces deux questions sont distinctes et doivent le demeurer.

III. Conclusion

[104] En somme, nous convenons avec le Tribunal et les cours d'instances inférieures que les plaintes qui constituent une simple contestation d'un texte de loi ne peuvent être présentées sur le fondement de l'art. 5 de la *LCDP*. L'acte de légiférer n'est pas un service. Par conséquent, c'est à bon droit que le Tribunal a rejeté les plaintes au motif qu'il n'y avait aucun acte discriminatoire sous-jacent.

[105] Le juge Gascon affirme que le contrôle fondé sur la norme de la décision correcte que nous entreprenons ne diffère pas vraiment de l'analyse effectuée par le Tribunal en première instance et, pour cette raison, il se demande si notre Cour est mieux placée pour interpréter la loi constitutive du décideur (par. 65). N'en déplaise à notre collègue, cette affirmation ne tient pas compte du rôle des cours de justice lors d'un contrôle judiciaire. Ce n'est pas parce que notre analyse calque en grande partie celle du Tribunal que la conclusion à laquelle nous sommes arrivés relativement à la norme de contrôle applicable est moins valable. Dans tout contrôle fondé sur la norme de la décision correcte, la cour de justice peut conclure que le tribunal est parvenu à la décision correcte. On ne peut conclure pour autant que le Tribunal est nécessairement « mieux placé » que les tribunaux judiciaires pour rendre des décisions, ou que la suprématie législative doit toujours avoir préséance sur les préoccupations quant à la primauté du droit.

[106] Les cours supérieures ont l'*obligation* constitutionnelle de surveiller l'exercice du pouvoir décisionnel en matière administrative (art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; *Crevier*, p. 234; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, par. 21; *Dunsmuir*, par. 29). L'analyse relative à la norme de contrôle aide les tribunaux judiciaires à déterminer le degré de déférence dont ils doivent faire preuve à l'égard de la décision du décideur administratif dans le but d'atteindre un juste équilibre entre

supremacy — not to identify who is best situated to decide what. Moreover, the outcome of the judicial review analysis should play no role in determining the appropriate standard. The correctness standard is integral to the law of judicial review, insofar as it “promotes just decisions and avoids inconsistent and unauthorized application of law” (*Dunsmuir*, at para. 50).

[107] Like our colleagues in the majority, we would therefore dismiss the appeal. We also agree that this disposition says nothing about the complainants’ ability to bring a claim under s. 15 of the *Charter* with respect to the impugned *Indian Act* provisions.

The following are the reasons delivered by

[108] BROWN J. — I agree with my colleague Gascon J. that the Canadian Human Rights Tribunal’s answers to the questions before it — that the act of legislating is not a “service” within the meaning of s. 5 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, and that there was therefore no underlying discriminatory practice — were reasonable. I also agree with my colleagues Côté and Rowe JJ. that the Tribunal’s answers were correct. Indeed, paras. 56 to 66 of Gascon J.’s reasons also support the conclusion that the Tribunal reached the correct result.

[109] In view of the unassailability of the Tribunal’s decisions on either standard of review, nothing more needs to be said on that subject, at least as it applies to this appeal. I write briefly, to highlight my more general concern regarding my colleague Gascon J.’s *obiter dicta* regarding true questions of jurisdiction, and to highlight some difficulties that may well arise from his statements regarding contextual analysis.

la primauté du droit et le maintien de la suprématie législative — et non pour identifier qui est mieux placé pour trancher les questions qui se posent. De plus, le résultat de l’analyse effectuée dans le cadre d’un contrôle judiciaire ne devrait jouer aucun rôle dans le choix de la norme applicable. La norme de la décision correcte fait partie intégrante du droit relatif au contrôle judiciaire, en ce sens où elle « favorise ainsi le prononcé de décisions justes tout en évitant l’application incohérente et irrégulière du droit » (*Dunsmuir*, par. 50).

[107] À l’instar de nos collègues majoritaires, nous rejeterions le pourvoi. Nous sommes aussi d’avis que cette conclusion ne vise aucunement la possibilité ou non pour les plaignants de présenter une demande fondée sur l’art. 15 de la *Charte* relativement aux dispositions contestées de la *Loi sur les Indiens*.

Version française des motifs rendus par

[108] LE JUGE BROWN — Je suis d’accord avec mon collègue le juge Gascon pour dire que les réponses du Tribunal canadien des droits de la personne aux questions qui lui ont été soumises — soit que l’acte de légiférer n’est pas un « service » au sens de l’art. 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, et qu’il n’y avait donc aucun acte discriminatoire sous-jacent — étaient raisonnables. Je conviens en outre avec mes collègues les juges Côté et Rowe que les réponses du Tribunal étaient correctes. En effet, les par. 56 à 66 des motifs du juge Gascon étayaient eux aussi la conclusion que la décision à laquelle est arrivé le Tribunal était correcte.

[109] Vu l’impossibilité d’attaquer les décisions du Tribunal en fonction d’une norme de contrôle ou de l’autre, il n’y a rien à ajouter à ce sujet, du moins en ce qui concerne le présent pourvoi. J’écris de brefs motifs pour exprimer ma réserve plus générale concernant les remarques incidentes de mon collègue le juge Gascon à propos des questions touchant véritablement à la compétence, et pour souligner quelques difficultés que peuvent fort bien poser ses déclarations sur l’analyse contextuelle.

[110] Justice Gascon’s discussion regarding true questions of jurisdiction omits a central point that, while not determinative, is in my respectful view an important consideration which militates against his suggestion that this category of correctness review might be “euthanized”. I refer to the Court’s expression, in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, of the continued recognition of this category as being fundamental to judicial review. My colleague observes that “dissatisfaction with the current state of the law is no reason to ignore our precedents following *Dunsmuir*” (para. 47). But this observation applies with equal force to *Dunsmuir* itself. And, in *Dunsmuir*, this Court, citing the Honourable Thomas Cromwell, wrote that “the rule of law is affirmed by assuring that the courts have the final say on the jurisdictional limits of a tribunal’s authority” (para. 30, citing T. Cromwell, “Appellate Review: Policy and Pragmatism”, in *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts: Policy, Law and Practice*, V-1, at p. V-12). This presupposes not only that the treatment of such questions is a matter of first importance, but that such questions continue to exist. While, therefore, one might “euthanize” the category of true jurisdictional questions, it would not follow that *such questions themselves* will disappear.

[111] Deciding whether and how any “euthanizing” of true questions of jurisdiction is to proceed will, therefore, require a measure of circumspection. The exercise of public power, including delegated public power, must always be authorized by law. Judicial review guarantees fidelity to that principle. As I indicated in *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers’ Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635, at para. 124, I accept that it is often difficult to distinguish between exercises of delegated power that raise truly jurisdictional questions from those entailing an unremarkable application of an enabling statute. But there will remain questions that tend more to the former, including matters which are still widely regarded as jurisdictional by lower courts (for example, a

[110] Dans son analyse des questions touchant véritablement à la compétence, le juge Gascon passe sous silence un point central qui, sans être déterminant, me semble être une considération importante militant contre sa proposition d’« en finir avec » cette catégorie de questions assujetties à un contrôle selon la norme de la décision correcte. Je me reporte à l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, où la Cour affirme qu’elle continue de reconnaître que cette catégorie est fondamentale pour le contrôle judiciaire. Mon collègue fait remarquer qu’« une insatisfaction face à l’état actuel du droit ne permet pas de faire abstraction de notre jurisprudence postérieure à l’arrêt *Dunsmuir* » (par. 47). Cette observation vaut toutefois tout autant pour l’arrêt *Dunsmuir* lui-même. Or, la Cour y a écrit, citant l’honorable Thomas Cromwell, que [TRADUCTION] « la primauté du droit est consacrée par le pouvoir d’une cour de justice de statuer en dernier ressort sur l’étendue de la compétence d’un tribunal administratif » (par. 30, citant T. Cromwell, « Appellate Review : Policy and Pragmatism », dans *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts : Policy, Law and Practice*, V-1, p. V-12). Cela suppose non seulement que l’examen de ces questions est de la plus haute importance, mais également que ces questions existent toujours. Par conséquent, bien que l’on puisse « en finir avec » la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence, cela ne veut pas dire que *ces questions elles-mêmes* disparaîtront.

[111] Il faut donc faire preuve de circonspection pour décider de l’opportunité et, le cas échéant, de la manière d’« en finir avec » les questions touchant véritablement à la compétence. L’exercice d’un pouvoir public, notamment un pouvoir public délégué, doit toujours être autorisé par la loi. Le contrôle judiciaire est un gage de fidélité à ce principe. Comme je l’ai indiqué dans *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers’ Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635, par. 124, je reconnais qu’il est souvent difficile de distinguer l’exercice d’un pouvoir délégué qui soulève des questions touchant véritablement à la compétence de l’exercice du pouvoir qui fait intervenir l’application ordinaire d’une loi habilitante. Il reste cependant des questions qui s’apparentent davantage à la

decision to enact subordinate legislation: *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v. Canada*, 2018 FCA 58, at para. 80 (CanLII)), and which raise squarely the same concerns for the rule of law identified by this Court in *Dunsmuir* as demanding a more exacting standard of review. To consign such questions to the same, one-size-fits-all “reasonableness” standard of review that all other questions receive would render that standard far less useful, since it would furnish a reviewing court with no basis for distinguishing matters warranting deference from those which do not.

[112] It follows that abolition of the category of true questions of jurisdiction will necessitate a concomitant shift towards a more flexible, rather than a strictly binary (or strictly reasonableness) standard of review framework.

[113] This brings me to my second concern, which is the extremely narrow scope for contextual analysis that my colleague Gascon J. states, and which would significantly impede that necessary flexibility. Contextual analysis is, he says, “exceptional”, should be undertaken “sparingly”, and plays a “subordinate role” in deciding the standard of review (paras. 45-46).

[114] Descriptors like “exceptional” and “sparingly” are, of course, the same sort of cautions which this Court has from time to time stated in respect of true questions of jurisdiction, which suggests that contextual analysis may be next in line for “euthanizing”. That aside, and with respect, and accepting that my colleague can draw from past statements of this Court for support, such statements give little if any meaningful guidance to lower courts. Indeed, statements suggesting that contextual review should be applied “sparingly” or that it plays a “subordinate role” are not easily reconciled with my colleague’s acknowledgment (at para. 46) that reviewing courts ought to examine “factors that sho[w] a clear legislative intent justifying the rebuttal of the presumption”.

première catégorie, notamment celles encore largement reconnues comme des questions de compétence par les juridictions inférieures (comme la décision d’adopter un texte législatif subordonné : *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Canada*, 2018 CAF 58, par. 80 (CanLII)), et qui suscitent nettement les mêmes préoccupations relatives à la primauté du droit que celles qui, aux dires de la Cour dans *Dunsmuir*, appellent une norme de contrôle plus rigoureuse. Attribuer uniformément à pareilles questions la même norme de contrôle de la « raisonabilité » qu’à toutes les autres questions rendrait cette norme beaucoup moins utile, car cela ne donnerait à la cour de révision aucun fondement pour distinguer les éléments méritant la déférence des autres.

[112] Par conséquent, l’abolition de la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence devra s’accompagner d’une transition concomitante à un cadre plus souple relatif à la norme de contrôle, plutôt qu’à un cadre strictement binaire (ou fondé uniquement sur la raisonabilité).

[113] Cela m’amène à ma seconde réserve, soit la portée extrêmement restreinte attribuée par mon collègue le juge Gascon à l’analyse contextuelle, portée qui nuira considérablement à la souplesse nécessaire. Selon lui, l’analyse contextuelle est « exceptionnelle » et doit être utilisée « avec parcimonie ». En outre, elle joue un « rôle subordonné » lors du choix de la norme de contrôle applicable (par. 45-46).

[114] Les termes descriptifs comme « exceptionnel » et « avec parcimonie » constituent naturellement le même type de mises en garde que celles énoncées de temps à autre par la Cour à l’égard des questions touchant véritablement à la compétence, ce qui laisse croire que la Cour pourrait à court terme vouloir « en finir avec » l’analyse contextuelle. Cela mis à part, et soit dit en tout respect, et reconnaissant que mon collègue peut s’appuyer sur des déclarations antérieures de la Cour, ces déclarations ne donnent que peu d’indications utiles, sinon aucunes, aux juridictions inférieures. En effet, il n’est pas facile de concilier les affirmations donnant à penser qu’il faut procéder à un examen contextuel « avec parcimonie » ou que cet examen joue un « rôle subordonné »

If one is considering factors which show legislative intent, one *is* undertaking a contextual analysis.

[115] My concerns with these aspects of my colleague's reasons do not, however, affect the result. I agree that the appeal should be dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitor for the intervenor the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitors for the intervenor Tania Zulkoskey: Cavalluzzo, Toronto.

Solicitor for the intervenors the Income Security Advocacy Centre, the Sudbury Community Legal Clinic, the Chinese and Southeast Asian Legal Clinic, the Community Legal Assistance Society and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario: Income Security Advocacy Centre, Toronto.

Solicitors for the intervenor the Canadian Muslim Lawyers Association: Karimjee Greene, Toronto.

Solicitor for the intervenor the Council of Canadians with Disabilities: ARCH Disability Law Centre, Toronto.

Solicitors for the intervenors the Women's Legal Education and Action Fund and the Native Women's Association of Canada: Law Office of Mary Eberts, Toronto; Women's Legal Education and Action

et la reconnaissance par mon collègue (au par. 46) du fait que les cours de révision devraient examiner « les facteurs [. . .] qui rév[èlent] une intention claire du législateur justifiant la réfutation de la présomption ». Si l'on tient compte des facteurs qui révèlent l'intention du législateur, on procède *dans les faits* à une analyse contextuelle.

[115] Les réserves que j'ai à propos de ces aspects des motifs de mon collègue n'influent toutefois pas sur le résultat. Je suis également d'avis qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureure de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Procureurs de l'intervenante Tania Zulkoskey : Cavalluzzo, Toronto.

Procureur des intervenants le Centre d'action pour la sécurité du revenu, la Clinique juridique communautaire de Sudbury, Chinese and Southeast Asian Legal Clinic, Community Legal Assistance Society et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario : Centre d'action pour la sécurité du revenu, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats musulmans : Karimjee Greene, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences : ARCH Disability Law Centre, Toronto.

Procureurs des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et l'Association des femmes autochtones du Canada : Law Office of Mary Eberts, Toronto; Fonds d'action

Fund Inc., Toronto; Native Women's Association of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener Amnesty International: Stockwoods, Toronto.

Solicitors for the intervener the First Nations Child and Family Caring Society of Canada: Conway Baxter Wilson, Ottawa; Equality Law, Ottawa.

Solicitor for the intervener the African Canadian Legal Clinic: African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services: Aboriginal Legal Services, Toronto.

Solicitors for the intervener the Public Service Alliance of Canada: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

et d'éducation juridiques pour les femmes Inc., Toronto; Association des femmes autochtones du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Amnistie internationale : Stockwoods, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada : Conway Baxter Wilson, Ottawa; Equality Law, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le Bureau d'Aide Juridique Afro-Canadien : Bureau d'Aide Juridique Afro-Canadien, Toronto.

Procureur de l'intervenant Aboriginal Legal Services : Aboriginal Legal Services, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance de la fonction publique du Canada : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scs-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scs-csc.ca